

FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE BORDEAUX

DE LA CAPACITÉ PROFESSIONNELLE

DE

LA FEMME MARIÉE

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Soutenue devant la Faculté de Droit de Bordeaux, le Vendredi 28 Juin 1907, à 2 h. 1/2 du soir

PAR

Charles IZAMBARD

AVOCAT

BORDEAUX

IMPRIMERIE MODERNE — A. DESTOUT AINÉ & C^{ie}

139, Rue Sainte-Catherine et 8, Rue Paul-Bert

—
1907

FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE BORDEAUX

DE LA CAPACITÉ PROFESSIONNELLE

DE

LA FEMME MARIÉE

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Soutenue devant la Faculté de Droit de Bordeaux, le Vendredi 28 Juin 1907, à 2 h. 1/2 du soir

PAR

Charles IZAMBARD

AVOCAT



BORDEAUX

IMPRIMERIE MODERNE — A. DESTOUT AINÉ & C^{ie}

139, Rue Sainte-Catherine et 8, Rue Paul-Bert

—
1907

FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE BORDEAUX

DOYEN ET PROFESSEUR HONORAIRE : M. BAUDRY-LACANTINERIE, ✱, ☉ I.

PROFESSEURS	{	MM. SAIGNAT, ✱, ☉ I.
HONORAIRES		BARCKHAUSEN, O. ✱, ☉ I., membre correspondant de l'Institut.

MM. MONNIER, ✱, ☉ I., *Doyen*, professeur de *Droit romain*, chargé d'un cours complémentaire de *Histoire du droit public français* (Doctorat).

DE LOYNES, ☉ I., professeur de *Droit civil*.

VIGNEAUX, ☉ I., professeur de *Histoire du droit*.

LE COQ, ✱, ☉ I., professeur de *Procédure civile*.

LEVILLAIN, ☉ I., professeur de *Droit commercial*.

MARANDOUT, ☉ I., professeur de *Droit criminel*.

DUGUIT, ☉ I., assesseur du Doyen, professeur de *Droit constitutionnel et administratif*, chargé d'un cours complémentaire de *Principes du droit public et droit constitutionnel comparé* (Doctorat ès sciences politiques et économiques), et d'un cours de *Histoire du Droit français* (Doctorat juridique).

DE BOECK, ☉ I., professeur de *Droit international public*, chargé d'un cours complémentaire de *Droit international privé* (Licence).

DIDIER, ☉ I., professeur de *Droit maritime* et de *Législation industrielle*, chargé d'un cours complémentaire de *Droit commercial approfondi et comparé* (Doctorat).

CHÉNEAUX, ☉ I., professeur de *Droit civil*, chargé d'un cours complémentaire de *Droit civil approfondi* (Doctorat).

SAUVAIRE-JOURDAN, ☉ A., professeur de *Économie politique et Science financière*, chargé d'un cours complémentaire de *Législation et Économie coloniales*.

BENZACAR, ☉ A., professeur de *Économie politique*, chargé d'un cours complémentaire de *Législation française des finances et Science financière* (Doctorat).

FERRON, ☉ A., professeur de *Droit civil*, chargé d'un cours complémentaire de *Droit civil comparé* (Doctorat), et d'un cours de *Éléments de Droit civil* (Capacité).

BARDE, ☉ I., professeur de *Droit administratif*, chargé d'un cours complémentaire de *Éléments du Droit public et Droit administratif* (Capacité).

FERRADOU, ☉ A., professeur de *Droit romain*, chargé d'un cours complémentaire de *Histoire des Doctrines économiques* (Doctorat).

MM. BENOIST, ☉ I., *Secrétaire*.

PLATON, ☉ I., ancien élève de l'École des Hautes Etudes, *sous-bibliothécaire*.

LALANNE, ☼, *commis au secrétariat*.

COMMISSION DE LA THÈSE

MM. DE LOYNES, professeur..... *Président*.

LEVILLAIN, professeur.....)

CHÉNEAUX, professeur.....) *Suffragants.*

DE

LA CAPACITÉ PROFESSIONNELLE

DE LA FEMME MARIÉE

« Dans les républiques, les femmes sont libres
» par les lois et esclaves par les mœurs. »

MONTESQUIEU,

Esprit des Lois, L. VII, ch. 8.

INTRODUCTION

En 1776, dans l'édit qui abolit les corporations, Turgot déclarait : « Nous voulons abroger ces institutions arbitraires qui repoussent un sexe à qui sa faiblesse a donné plus de besoins et moins de ressources et semblent en le condamnant à une misère inévitable seconder la séduction et la débauche. »

Depuis cette époque, la femme a pris une place considérable dans toutes les branches de l'activité professionnelle. Libre enfin de subvenir à ses besoins par le travail, elle s'est libérée, au moins en partie, de la dépendance de fait qui l'attachait à l'homme dont elle est devenue l'égale et la concurrente. Non contente des occupations industrielles, elle a escaladé les professions libérales et l'on peut espérer la voir dans un avenir peut-être prochain participer aux fonctions publiques.

Il est cependant un cas où elle perd tout le bénéfice de ce

progrès social, c'est lorsqu'elle se marie. Par le fait même qu'elle prend un époux elle est brusquement dépouillée de son droit au travail. Il lui faut solliciter une autorisation de son seigneur et maître pour remplir une profession : s'il refuse cette *faveur*, ou si certaines conditions l'empêchent de l'accorder, la femme n'a pas de recours. Peu importe la nécessité, ses intérêts, ceux de ses enfants, leur existence même et la sienne ! Meure plutôt la famille, pourvu que cette règle soit respectée. Il faut des raisons bien sérieuses, des motifs d'une gravité exceptionnelle, pour laisser compromettre de tels intérêts et pour retirer à un être humain une liberté aussi essentielle. Quelles sont donc les bases sur lesquelles le législateur a échafaudé son système et pourquoi une telle sévérité ? On reste confondu lorsqu'on examine les explications qu'on en donne. On attendait une raison à la fois péremptoire et éclatante, et l'on se trouve en face d'affirmations présomptueuses et de théories discutables.

Les arguments par lesquels on défend l'incapacité professionnelle de la femme mariée peuvent se ramener à cinq :

1° *La femme qui exercera une profession se refusera à supporter le fardeau de la maternité*

Nous touchons là à une question des plus délicates. Nul n'ignore quels ravages fait dans notre pays la stérilité volontaire, ce que certains ont appelé le « malthusianisme », en souvenir du philosophe qui, candidement, prêche la dépopulation. N'est-il pas à craindre que ces ravages augmentent lorsque, d'une manière générale, les femmes mariées se livreront à un travail régulier ? La maternité, en effet, constituera pour l'exercice de la profession une gêne et un empêchement momentanés. Les salaires seront interrompus et la femme ne sera pas sûre de retrouver, après sa délivrance, la situation qu'elle aura laissée. Ne peut-on pas conclure que dans ces conditions elle poursuivra son intérêt immédiat aux dépens de l'intérêt de l'espèce ?

Nous ne le croyons pas. Il est au moins étrange d'affirmer

a priori que le travail nuira à la fécondité de la femme alors qu'il est reconnu, en fait, que la natalité augmente dans des proportions considérables à mesure qu'on pénètre dans les classes laborieuses de la société. Qu'est-ce à dire ? et peut-on soutenir raisonnablement que, par le seul effet d'une disposition légale, les mêmes causes produiront des effets différents ? Quant aux inconvénients que nous avons signalés, il sera facile de leur apporter des atténuations ; certains jugements de nos tribunaux ont bien permis à la femme mariée de continuer à toucher son salaire pendant la durée normale d'un accouchement régulier. Ces inconvénients seraient-ils réels et incurables, on n'a pas le droit de soutenir que la femme, pour les éviter, se refusera à remplir son instinctive et éminente fonction. Si de tels obstacles étaient suffisants pour lui faire renoncer à son rôle de mère, il y a longtemps que la race humaine aurait disparu. Les douleurs de l'enfantement, les infirmités qui en résultent, la vieillesse prématurée auraient tué depuis longtemps l'instinct de la procréation. Mais non ! une volonté toute-puissante pèse sur la volonté des individus. Le génie de l'espèce, selon l'expression de Schopenhauer, entraîne vertigineusement à sa suite l'humanité, malgré les obstacles, les hésitations et les révoltes. L'organisme sain est formidablement déterminé vers la reproduction : or le travail normal et régulier assainit et fortifie. Il fait les êtres vigoureux, pleins de courage devant la douleur physique et de résignation devant la douleur morale. Pourquoi ne ferait-il pas la femme apte et prête à la maternité ? C'est ce que constate Voltaire à propos des femmes suédoises : « Elles ne connaissaient d'opprobre, dit-il, que la stérilité et l'oisiveté... Aussi laborieuses et aussi robustes que les hommes elles en étaient plus tôt et plus longtemps fécondes » (1).

(1) VOLTAIRE, Histoire de Charles XII.

*2° Le travail de la femme lui fera négliger la gestion du ménage
qui constitue sa fonction essentielle*

L'erreur de nos adversaires consiste à attribuer à l'homme tout le mérite des qualités de l'épouse. Tout à l'heure, on soutenait que si cette dernière devient mère, c'est que son mari l'empêche de se livrer à d'autres fonctions et l'on affirmait qu'elle n'est fécondée que contrainte et forcée. Maintenant, on prétend qu'elle n'élève ses enfants et ne gère son intérieur que parce qu'elle y est obligée. Un peu plus, on irait jusqu'à dire que l'amour maternel est un acte d'obéissance. C'est ainsi que nos contradicteurs voient dans la liberté professionnelle de la femme la désertion par elle du foyer, l'abandon des enfants, la destruction de la famille.

Il suffit d'un peu de bon sens pour remarquer combien ces craintes sont chimériques; il suffirait d'un peu de bonne foi pour reconnaître combien, dans la pratique, elles sont peu justifiées. En effet, s'il en était ainsi, dans les unions pauvres où la nécessité oblige la femme à un travail extérieur, elle délaisserait ses devoirs d'épouse et de mère. Or, c'est au contraire la femme oisive des classes riches qui ne sait plus prendre, dans le vide de son existence, le temps de s'occuper de son ménage, ni la peine d'élever ses enfants.

D'autre part, il n'y a guère de raison pour que la liberté professionnelle éloigne la femme de son intérieur. Le ménage peut être une occupation suffisante pour elle et il y a beaucoup de chances pour qu'elle choisisse cette sorte de profession qui répondra généralement mieux que toute autre à ses goûts et à ses dispositions. S'il arrive cependant qu'elle partage son temps entre les fonctions intérieures et le travail extérieur, doit-on s'en indigner? On peut prétendre qu'elle n'apportera plus chez elle ces soins délicats et longuement réfléchis; que l'intérieur perdra de sa grâce; qu'il n'aura plus ce quelque chose d'artistique qui charmait l'homme après le travail et cette mollesse tiède qui le reposait. C'est possible. Il se peut qu'un peu plus de rudesse et

de simplicité pénètre dans le ménage. Est-ce un bien ou un mal? C'est affaire de tempérament et de théorie. Certains se plaignent de l'influence déprimante de la famille moderne ; peut-être n'ont-ils pas tout à fait tort.

3° *La femme n'est pas apte à toutes les professions; le mari appréciera celles qu'elle peut remplir sans être épuisée par la concurrence*

C'est là l'éternel argument de toutes les intolérances et de tous les partis pris, le mur où s'arrêtent les tendances légitimes, où se brisent les énergies généreuses. Vous voulez agir, conscient de votre force et de votre savoir, on vous répond : « Vous ne pouvez pas ». Vous voulez discuter, on vous interrompt d'un haussement d'épaules ou d'une bourrade, sans discussion. Le jugement est sans recours ; n'essayez pas de faire la preuve : *a priori* vous avez tort.

C'est ainsi que l'homme argumente à l'égard de la femme ; son objection n'est pas neuve : écoutez ce qu'Aristophane fait dire à Lysistrata :

« Souvent dans nos maisons nous vous entendions discuter à tort et à travers sur quelque affaire importante, alors, le cœur bien triste, mais le sourire aux lèvres, nous vous demandions : Eh bien, dans l'assemblée d'aujourd'hui, a-t-on voté la paix? — Occupe-toi de tes affaires, disait le mari, tais-toi. — Et je me taisais. — Mais bientôt, j'apprenais que vous aviez arrêté quelque résolution plus fatale encore. — Ah! mon ami, disais-je, quelle folie est la vôtre. — Mais lui me regardait de travers en disant : — Tisse ta toile, ou les joues te cuiront longtemps : la guerre est l'affaire des hommes » (1).

De même, lorsqu'elle veut accomplir un travail, en vertu de ce principe qu'elle en est incapable, on le lui interdit. C'est par application de la même idée que jadis les hommes étaient, par avance, parqués dans un certain nombre de professions déterminées, sans

(1) ARISTOPHANE, *Lysistrata*. Trad. Poyard.

pouvoir en sortir. Le classement se faisait selon la race, la couleur, la classe sociale et quelquefois la religion. Il fallut des siècles pour comprendre que la concurrence effectuait mieux le classement que quiconque ; ainsi que le dit Stuart Mill : « Personne ne croit » utile de faire une loi pour que les forgerons aient tous des » bras vigoureux. La liberté et la concurrence suffisent à faire » des hommes pourvus des bras vigoureux des forgerons, parce » que les hommes qui ont les bras faibles peuvent gagner » davantage en s'engageant dans une occupation à laquelle ils » sont plus propres » (1).

Puisqu'on admet ce principe économique, pourquoi ne pas l'appliquer à la femme ? Cette dernière est plus faible que l'homme, c'est entendu. Les particularités inhérentes à son sexe la rendent inapte à certaines professions qui demandent une force toujours disponible, cela ne fait pas de doute. Mais, de par les lois naturelles, elle se spécialisera dans les travaux qui conviendront le mieux à sa nature ; loin d'être écrasée par la concurrence, c'est la concurrence qui l'éloignera des métiers dangereux pour elle et qui lui donnera dans la société sa place normale. On ne doit donc pas décréter « que le fait d'être né fille » au lieu de garçon doive plus décider de la position d'une » personne toute sa vie, que le fait d'être né noir au lieu de » blanc, ou roturier au lieu de noble ». (2).

*4° Si la femme, d'une manière générale, travaille, l'homme
sera épuisé par la concurrence accrue*

Ici, ce n'est pas l'intérêt de la société, ni celui de la femme que l'on défend, c'est l'intérêt de l'homme qui s'étale avec le cynisme le plus révoltant. Parce qu'il trouve un bénéfice au moins immédiat à se réserver le travail et ses produits, le sexe mâle s'en est fait un monopole et pour éviter la concurrence il a asservi la concurrente. C'est ainsi qu'il a accaparé non seulement les professions qui pouvaient être communes aux deux

(1) STUART MILL, L'assujettissement des femmes. Trad. Cazelles, p. 42 et 43.

(2) STUART MILL, *Op. cit.*, p. 43.

sexes, mais aussi celles qui étaient spéciales à la femme et que la nature semblait en quelque sorte lui avoir réservées. « N'est-il » pas scandaleux, disait Fourier, de voir des athlètes de trente » ans accroupis devant un bureau et voiturant avec des bras » velus une tasse de café, comme s'il manquait de femmes et » d'enfants pour vaquer aux vétilleuses fonctions des bureaux » et du ménage » (1).

Sur quoi repose ce privilège exorbitant? Pourquoi des droits d'un côté et des devoirs de l'autre? Nous aurons l'occasion de nous le demander quand nous rechercherons quelles sont les causes de la puissance maritale.

En attendant, il nous faut voir si l'homme ne fait pas un mauvais calcul, en éloignant systématiquement la femme de toutes les professions. A notre avis, le sexe masculin, poussé par un égoïsme grossier et borné, agit contre ses véritables intérêts. En effet, quels seraient les résultats du travail de la femme s'il était généralisé? Il est incontestable que la concurrence amènerait une baisse des salaires, mais en revanche les prix de consommation diminueraient, puisque la production serait augmentée. L'équilibre se trouverait ainsi rétabli, et, de plus, l'homme verrait le poids de ses charges s'abaisser, puisque la femme subviendrait, au moins partiellement, à ses besoins. En définitive, un dégrèvement de charges pour le mari, au lieu d'une augmentation de peines, tel serait le résultat logique de l'émancipation professionnelle de la femme. Il est vrai que le sexe masculin perdrait ainsi une partie des pouvoirs qu'il exerce sur l'autre sexe. C'est là qu'il faut chercher, à notre avis, la raison véritable de l'incapacité professionnelle, comme de toute autre incapacité de la femme mariée.

3° *La femme mariée doit rester sous la puissance de son mari*

C'est une règle des plus anciennes qui veut que la femme reste dans une tutelle et dans une soumission perpétuelles. La

(1) FOURIER, Les quatre mouvements, 220-221.

loi de Manou dit : « La femme pendant son enfance dépend de son père ; pendant sa jeunesse, de son mari ; son mari mort, de ses fils ; si elle n'a pas de fils, des proches parents de son mari, car une femme ne doit jamais se gouverner à sa guise » (1). La même règle s'appliqua longtemps à Rome. Fille, la femme était esclave de son père ; épouse, elle était vis-à-vis de son mari « loco filiæ ». Ce principe ancien s'adoucit peu à peu et finit par tomber en désuétude, de telle sorte qu'à une certaine époque l'épouse romaine eut peut-être plus de liberté qu'aucune femme n'en eut jamais.

Dans notre ancien droit, la règle que nous venons d'exposer s'appliqua longtemps jusqu'au jour où elle fut remplacée par le système plus moderne de soumission au mari seul. Car la puissance maritale est d'origine relativement récente : les anciens considérant la femme comme un enfant lui voulaient un tuteur perpétuel, quel qu'il fût ; nos lois actuelles lui reconnaissent bien une égalité théorique avec l'homme ; elles lui accordent la même liberté, tant qu'elle est fille ; mais sitôt mariée, elle devient l'inférieure et la servante de son mari.

Pourquoi cette différence ? Sur quel fondement repose cette subordination ? Est-elle légitime ? Questions complexes qui demanderaient des volumes, alors que nous n'avons que quelques pages à leur consacrer.

Ce qui fait la difficulté dans cette matière, c'est que la présomption est renversée ; au lieu d'admettre en principe et *a priori* la liberté et l'égalité des deux sexes, quitte à démontrer ensuite que la femme n'en est pas digne, on pose en axiome, au contraire, la légitimité de la puissance maritale. C'est donc à ceux qui soutiennent que la femme doit être indépendante à le prouver ; preuve négative, c'est-à-dire presque impossible, d'autant plus difficile qu'elle va à l'encontre d'un parti pris. La seule étude possible consiste à examiner l'un après l'autre les arguments en faveur de la dépendance de la femme mariée, à les discuter s'il y a lieu.

(1) Lois de Manou, V, 147-148.

Certains prétendent que la puissance maritale est un fait qui doit exister parce qu'il en a toujours été ainsi, une véritable loi naturelle contre laquelle il n'y a pas plus à lutter que contre le cours des saisons et les phases de la lune. La puissance du mari est de droit naturel, dit Pothier ; et cette justification a longtemps paru suffisante. Le fait que l'inégalité juridique des sexes est très ancienne ne peut cependant pas seul la légitimer ; dans ces conditions l'esclavage devrait encore être en vigueur. D'autre part, pour que la puissance maritale soit de droit naturel, il faudrait qu'elle eût existé de tout temps. On l'a cru pendant de longues années. Mais les travaux de Bachofen, de Mac Lennan, de Giraud-Teulon, de Post, d'Herbert Spencer ont à peu près établi, au contraire, que la femme jouissait à l'origine, non seulement de la liberté, mais d'une condition presque dominante. Il y avait une parenté individuelle, mais par les femmes et le droit de succession suivait cette parenté. Ce n'est que postérieurement que les enfants étant devenus la propriété du père, la condition de la femme s'est abaissée (1) ; la famille fondée sur la paternité fut alors créée : ce fut la famille agnatique des Romains.

Etant admis que le pouvoir de l'homme sur la femme n'est pas originel, comme on l'a cru, nous sommes plus à notre aise pour discuter les autres arguments.

On a dit que la femme doit être soumise parce qu'elle est par sa nature destinée à la soumission (2). Mais il faut répondre, avec Stuart Mill, qu'on ne connaît pas et qu'on ne peut pas connaître la véritable nature du sexe féminin. La nature actuelle de la femme « est un produit éminemment artificiel. C'est le » résultat d'une compression forcée dans un sens et d'une stimulation contre nature dans un autre..... On a toujours employé » à développer certaines aptitudes de leur nature une culture

(1) La paternité s'introduisit peu à peu et par des procédés factices fort curieux. Le père, ou celui qui voulait être reconnu tel, se couchait et simulait l'accouchement. L'enfant lui était alors attribué comme s'il l'avait enfanté. (V° A. ESMEIN, dans GIDE, *Étude sur la condition privée de la femme*, p. 30 et suiv.).

(2) Auguste COMTE, *Cathéchisme positiviste*, p. 284.

» de serre chaude, en vue des intérêts et des plaisirs de leur
» maître. Puis, voyant que certains produits de leurs forces
» vitales germent et se développent rapidement dans cette
» atmosphère chauffée où l'on n'épargne aucune culture, tandis
» que d'autres jets de la même racine, laissés au dehors dans un
» air d'hiver et entourés de glace à dessein, ne produisent rien,
» se brûlent et disparaissent, les hommes, avec cette incapacité
» de reconnaître leur propre ouvrage qui caractérise les esprits
» impropres à l'analyse, se figurent, sans plus s'en inquiéter,
» que la plante pousse spontanément de la façon qu'ils la font
» pousser et qu'elle mourrait si l'on n'en tenait la moitié dans
» un bain de vapeur et l'autre moitié dans la glace » (1).

Or toute l'éducation de la femme tend à la former de façon
à ce qu'elle plaise à l'homme, de telle sorte qu'elle finit par ne
plus avoir d'autre idéal que la servitude. « Nous les dressons,
» dit Montaigne, de l'enfance, aux entremises de l'amour ;
» leur grâce, leur attifure, leur science, leur parole, toute leur
» instruction ne regarde qu'à ce but » (2).

On a dit encore qu'elle abandonnerait tout devoir si elle
n'était dirigée et gouvernée. C'est dans ce sens que Schopenhauer
a écrit que la femme « est un animal qu'il faut battre, bien
nourrir et enfermer ». Mais, dans une autre page, le célèbre
misogyne se contredit et il déclare que les femmes sont géné-
ralement plus attachées que l'homme au foyer, qu'elles sont
plus aimantes et plus fidèles. Et il est de fait que l'épouse a, dans
le mariage, d'une manière générale, plus de qualités morales
que le mari.

On a enfin prétendu que la puissance maritale était jugée par
l'expérience et qu'elle avait conduit la société à son état actuel
de civilisation. On ne peut pas dire que l'expérience a décidé
puisque, jusque là, un seul système a été mis en pratique, et,
d'un autre côté, qui peut affirmer que la société n'aurait pas
acquis plus tôt ou n'aurait pas dépassé son degré de civilisa-

(1) STUART MILL, *Op. cit.*, p. 51.

(2) MONTAIGNE, *Essais*, L. III, ch. 5.

tion, si le système inverse, c'est-à-dire celui de la liberté de la femme, avait été appliqué ?

Enfin nous ne citerons qu'à titre de curiosité les anathèmes et les malédictions que lancèrent contre la femme les docteurs chrétiens de l'Orient.

« Souveraine peste, s'écrie saint Jean Chrysostôme, dard aigu du démon. »

« La femme n'a pas le sens du bien », affirme péremptoirement saint Grégoire le Grand.

Enfin saint Jérôme déclare : « La femme livrée à elle-même ne tarde pas à tomber dans l'impureté..... Une femme sans reproche est plus rare que le phénix. C'est la porte du démon, le chemin de l'iniquité, le dard du scorpion ; au total, une dangereuse espèce. »

Cette opinion enflammée résulte d'une erreur singulière qui montre l'orgueil de l'homme autant que son injustice. Au lieu de se considérer comme responsable de ses faiblesses et de ses turpitudes, il en accuse la femme et il reproche hypocritement à cette dernière les désirs qu'elle inspire et les fautes qu'il commet.

S'il est difficile de justifier la puissance maritale, en revanche, il est aisé de montrer combien ce régime est illogique et anti-naturel.

En admettant, en effet, comme le voulait Auguste Comte, que l'infériorité de la femme la voue à la subordination, cela ne serait pas encore une raison suffisante pour que tout un sexe fût placé nécessairement sous la puissance de l'autre. Un tel résultat ne pourrait être admis qu'à la condition que la femme la plus parfaite fût encore plus imparfaite que l'homme le plus imparfait, c'est-à-dire à la condition que le premier rang de l'espèce féminine fût inférieur au dernier rang de l'espèce masculine. S'il n'en est pas ainsi, s'il se trouve que certaines femmes soient supérieures à certains hommes, ce qui est incontestable et incontesté, la puissance maritale ne saurait être défendue, puisque dans cette hypothèse elle constituerait la plus révoltante tyrannie.

Si l'assujettissement des femmes ne repose ni sur la logique ni sur une raison morale, pourquoi est-il donc resté pendant des siècles le régime le plus en faveur ? C'est qu'il a été créé par l'homme en vue de son propre intérêt, pour son propre plaisir : c'est que cet assujettissement résulte d'un fait considérable et cependant peu digne d'intérêt dans la circonstance : la supériorité musculaire du sexe masculin (1).

Quoi ? dira-t-on, l'incapacité de la femme mariée, sa situation juridique, tout ce droit si délicat et si complexe enfin serait le résultat d'une différence de vigueur physique ! Pourquoi non ? Il y eut bien un droit pour les esclaves, et pourtant la cause originelle de cette institution n'était rien autre que la brutalité. Cela n'est d'ailleurs pas extraordinaire. Le droit n'invente pas, en général : il constate. « Les lois et les systèmes sociaux, dit Stuart Mill, commencent toujours par reconnaître les rapports qui existent entre les personnes. Ce qui n'était d'abord qu'un fait brutal, devint un droit légal, garanti par la société, appuyé et protégé par les forces sociales substituées aux compétitions sans ordre et sans frein de la force physique » (2).

Il est si vrai que l'assujettissement du sexe féminin résulte de la violence, que la situation des femmes varie suivant le plus ou moins de brutalité qui règne dans l'organisme social. Herbert Spencer a pu poser en principe que l'amélioration de la condition de la femme marche avec le déclin du militarisme et que le despotisme dans la société est lié intimement avec le despotisme dans la famille (3).

Puisqu'elle repose sur la violence, la puissance maritale doit être énergiquement repoussée, car la violence est plus dange-reuse ici que partout ailleurs. Elle diminue l'être qui la supporte sans augmenter celui qui s'en sert. Au couple, elle enlève une partie de ses énergies en affaiblissant l'un de ses éléments : la race doit nécessairement s'en ressentir.

(1) Cf. STUART MILL *Op. cit.*, p. 10. — LAURENT, Avant projet, t. V, p. 45 et 52. — CONDORCET, Rapport à la Convention du 15 février 1793.

(2) STUART MILL, *Op. cit.*, p. 11.

(3) SPENCER, Principes de sociologie, p. 371 et suiv.

Illégitime, immorale, antinaturelle et dangereuse pour l'espèce, la puissance du mari doit disparaître intégralement, sans laisser de vestiges dans les législations. La femme mariée doit donc avoir, en principe, la liberté du travail, comme elle doit avoir toutes les libertés. Nous irons plus loin : la femme doit travailler.

Tout d'abord son activité aura pour résultat d'augmenter le bien-être de la famille et d'accroître la prospérité de la société. Forcées jusque là négligées, les femmes peuvent, en tant qu'agents de production, faire la grandeur des nations qui sauront les utiliser. C'est probablement pour cette raison que l'Allemagne et l'Angleterre, qui sont en progrès sur nous au point de vue économique, ont effectué depuis quelques années l'émancipation professionnelle du sexe féminin.

En second lieu, le travail relèvera le prestige de la femme en lui faisant conquérir son indépendance ; il donnera au mariage plus de dignité en supprimant la nécessité de la dot. A l'heure actuelle, la femme doit apporter dans le mariage soit de la fortune, soit de la beauté. Pauvre, il faut qu'elle séduise. Toute son éducation ne tend qu'à ce but, qu'elle cherche à atteindre par tous les moyens. Enseignée uniquement à plaire à l'homme, il est nécessaire qu'elle prenne un époux si elle ne veut pas avoir à choisir entre la misère et la prostitution. « Elle se marie, écrivait Henry Fouquier, comme certains pauvres diables de vagabonds, à l'approche de l'hiver, se font mettre en prison pour avoir le vivre et le couvert. »

Aussi le mariage moderne a-t-il pris une physionomie curieuse et vaguement déshonnête. D'un côté, l'homme poursuit la femme dotée, dans le but de vivre à ses dépens. De l'autre, la jeune fille sans dot, angoissée de la crainte de rester seule et pauvre, emploie tous ses moyens de séduction pour entraîner l'homme à se charger de son entretien. Elle est obligée de faire sourdement abstraction de ses préférences, de sa dignité, d'un peu de sa pudeur. Elle s'offre sans pouvoir choisir et il en résulte des unions mal assorties, pour le plus grand malheur du mariage et de la race. Pour donner l'illusion d'une situation

financière qu'ils n'ont pas, les deux sexes emploient toutes leurs ruses, et la vie nous montre souvent le triste spectacle de deux époux qui, ayant fait ce qu'on appelle un mariage d'argent, s'aperçoivent le lendemain qu'ils se sont mutuellement mépris sur leurs fortunes. Cette méprise devient de plus en plus fréquente, à cause d'un phénomène que nous n'avons pas à étudier ici et que l'on a appelé le krach de la dot. Aussi, conséquence assez naturelle, les mariages se raréfient, l'homme se refusant à être l'entrepreneur perpétuel de son épouse.

Pourvue d'une profession, au contraire, la femme pourra attendre sans crainte le mari de son choix, et si par hasard cette rencontre ne s'accomplit pas, elle aura la ressource de prendre dans la vie la place plus ou moins large qu'elle saura s'assurer par son travail.

La femme riche ne sera pas non plus sans trouver dans le travail une certaine utilité. Grâce à lui, elle se délivrera des vices de l'oisiveté; elle développera ses facultés en les exerçant, elle fortifiera son corps, elle étendra le champ de ses pensées, elle prendra conscience qu'elle a des devoirs et une responsabilité. Ainsi transformée, elle sera mieux à même de faire l'éducation de ses enfants, et comme elle aura pris part à la lutte sociale, elle saura les rendre adroits et forts pour la soutenir.

Nécessitant une instruction à peu près semblable à celle de l'homme, obligeant la femme à penser, à souffrir, à lutter, à vivre enfin comme son mari, le travail rapprochera les époux. Il créera l'amitié en établissant entre eux une collaboration intellectuelle et physique de tous les instants. Leurs efforts conjugués deviendront plus productifs, et de ce labeur et de cette union il ne pourra résulter qu'un nouvel et immense essor de l'humanité vers le progrès.

PREMIÈRE PARTIE

De la capacité professionnelle de la femme mariée d'après les lois françaises

Si l'on veut rechercher à quelles conditions et dans quelle mesure la femme mariée peut, en France, exercer une profession, on constate avec surprise que nos Codes ont gardé sur ce sujet un silence presque complet. C'est à peine s'ils se sont départis, et comme à regret, de ce mutisme à l'égard de la femme mariée commerçante, encore ne lui ont-ils consacré que quelques articles d'une notoire insuffisance.

Cependant la question est d'un puissant intérêt social et juridique : elle touche de près au développement de la famille et aux droits primordiaux de conservation qui appartiennent à tout individu. Il se peut que le mari, par maladresse, incapacité, mauvaise volonté ou absence, ne donne pas à sa femme « tout ce qui est nécessaire pour les besoins de la vie ». Il se peut encore qu'il remplisse parfaitement ses obligations maritales et paternelles, mais que la femme soit à même, grâce à ses aptitudes personnelles, de donner à sa famille une plus grande aisance, tout en faisant bénéficier la société de son activité heureusement employée. Il se peut, en revanche, que la femme ne cherche dans l'exercice d'une profession qu'un moyen de se soustraire à ses devoirs d'épouse et qu'un prétexte à dévergondage.

Il résulte de tout cela une matière complexe et de nombreuses questions que le législateur s'est dispensé de résoudre explicitement.

A quelles conditions la femme mariée peut-elle remplir une profession ? Le consentement du mari est-il toujours nécessaire et toujours suffisant ? Peut-il être remplacé par celui de justice ? Peut-il être révoqué arbitrairement ? Quels sont les droits de la femme lorsque le mari est absent, mineur, interdit ou aliéné interné ou lorsque, insolvable, il se refuse à exécuter les obligations matrimoniales que lui impose l'article 214 du Code civil et laisse ainsi sa famille dans le dénuement ? Les droits de la femme ne sont-ils pas modifiés lorsque les époux sont séparés de biens ? (1) Lorsqu'elle est habilitée à exercer une profession, quelle est l'étendue de la capacité de la femme ? Quels sont enfin ses droits sur les produits de son travail ?

A toutes ces demandes, le législateur reste sans réponse et la façon même dont il a traité la capacité de la femme mariée commerçante prouve surabondamment qu'il ne s'est pas préoccupé de notre question. Si nous nous reportons aux travaux préparatoires, nous les trouvons aussi obstinément muets que nos Codes. Un tel silence sur une matière aussi importante constitue un phénomène assez intéressant pour que nous essayions d'en rechercher les causes.

Il est certain, d'abord, que la conception qu'on se faisait de la puissance maritale à cette époque ne permettait guère de penser à accorder à la femme mariée la moindre indépendance vis-à-vis de son mari. On était sous l'influence de Pothier, auquel on faisait de nombreux emprunts. Or Pothier voulait que le mari pût exiger de la femme « tous les devoirs de soumission qui sont dus à un supérieur » (2). Sous le régime brutal du Consulat cette idée fut poussée à ses dernières limites et Bonaparte disait un jour au Conseil d'Etat : « La nature a fait de nos femmes *nos esclaves* ! Le mari a le droit de dire à sa femme : Madame, vous ne sortirez pas ! Madame, vous n'irez pas à la comédie ! Madame, vous ne verrez pas telle ou telle

(1) La question se posait aussi en cas de séparation de corps avant la loi du 6 février 1893.

(2) POTHIER, De la puissance du mari, n° 1.

personne ! C'est-à-dire, Madame, vous m'appartenez corps et âme ! » (1).

On comprend facilement qu'avec ces principes, la seule idée qu'une femme mariée pût librement vaquer à ses occupations professionnelles ait paru une monstruosité indigne de la moindre attention. Mais cela n'expliquerait pas le silence du législateur sur le cas où le mari mineur, aliéné ou absent, est dans l'impossibilité de manifester sa volonté. Il n'y a pas seulement là, de la part des auteurs de nos Codes, un parti pris ou un oubli, mais une ignorance complète et de fort bonne foi de l'existence même de la question. Et cela tient certainement à ce que celle-ci présentait alors un intérêt bien moindre qu'aujourd'hui ; il s'est produit, en effet, depuis un siècle une révolution économique profonde : par suite des diverses transformations de l'industrie, la femme s'est trouvée à même de lutter avec l'homme pour l'exercice de beaucoup de professions ; d'autre part, les conditions du travail se sont modifiées : l'industrie de l'atelier a remplacé l'industrie domestique et la femme, obligée de s'absenter de son foyer, a eu besoin soudain de liberté effective et d'indépendance juridique.

Il ne faut pas croire, toutefois, que les femmes mariées, exerçant des professions, fussent tellement rares à l'époque de la rédaction du Code qu'elles ne pussent attirer l'attention du législateur. Il est fort probable qu'il dut y avoir des conflits, et, entre autres, le droit accordé au mari dans la plupart des régimes matrimoniaux, de toucher les salaires de sa femme, a dû aggraver bien des misères et causer bien des injustices. Mais tout cela se passait dans les classes humbles de la société : or le Code n'a jamais envisagé que les classes pourvues d'une certaine aisance, celles où le travail de la femme pouvait être considéré par lui comme un superflu ou une excentricité (2).

(1) THIBEAudeau, Mémoires sur le Consulat, p. 426.

(2) Ceux à qui cette affirmation pourrait sembler paradoxale n'ont qu'à se rappeler que la loi sur l'assistance judiciaire date seulement de 1851 et que jusqu'à cette époque il fallait disposer de ressources assez importantes pour intenter une action ou y défendre, c'est-à-dire pour exercer légalement un droit. Cette tendance tient à ce que notre Code est plus un Code de la propriété que des personnes. Ce

Si le législateur avait daigné jeter les yeux sur les classes laborieuses, il aurait aperçu les nombreuses femmes commerçantes, ouvrières, artisans, etc., qui luttent jadis comme aujourd'hui pour leur existence et pour celle de leurs enfants et il aurait fait mieux que les abandonner aux hasards d'une puissance maritale dont il a même oublié de déterminer les effets.

Car, si nous ne trouvons rien de précis dans nos lois, nous ne sommes guère plus avancés lorsque nous voulons rechercher les principes généraux qui dominent la matière. Le Code Napoléon n'est pas réputé comme un monument de législation rationnelle et logique, mais nulle part plus qu'ici il s'est dispensé d'avoir des idées générales et une pensée directrice.

Il envisage la situation de la femme mariée sous deux aspects différents, soit qu'elle accomplisse, en tant que personne physique, des actes matériels, soit qu'elle fasse des actes juridiques. Dans le premier cas, le mari a sur sa femme un pouvoir dont le Code n'indique pas la limite (art. 213 C. civ.) qui ne peut pas être suppléé et auquel le mari lui-même ne peut pas renoncer (art. 1388 C. civ.). Pour tous les actes non juridiques, comme l'établissement d'un domicile (art. 214 C. civ.), les relations personnelles que la femme peut entretenir par visites, correspondance ou autrement, les voyages qu'elle voudrait entreprendre, les actes multiples qui résultent de l'administration d'un intérieur, la femme doit obéissance à son mari. Comment et jusqu'à quel point doit s'exercer cette puissance ? Est-elle illimitée comme celle de l'antique *paterfamilias* romain ? La loi semble le dire, en l'établissant purement et simplement : et cependant, comme ce devoir d'obéissance pourrait devenir le pire des esclavages, beaucoup d'auteurs admettent qu'il disparaît lorsqu'il y a abus de la part du mari (1). Cette opinion que les mœurs imposent semble plus en rapport avec l'humanité qu'avec les textes, ainsi que nous le verrons plus loin.

n'est que postérieurement que le législateur réagira un peu contre cet état de choses.

(V° notamment les lois qui concernent la protection de l'enfance.)

(1) PLANIOL, t. 1, n° 969. — AUBRY et RAU, t. V, § 471.

Dans le second cas, c'est-à-dire dans l'ordre juridique, la femme qui veut plaider, aliéner, hypothéquer, contracter, doit obtenir l'autorisation de son mari ou à défaut celle de justice. Quel est le fondement logique de cette incapacité ? Est-elle une conséquence de la puissance maritale, ou n'est-elle qu'un moyen de protéger la femme contre sa faiblesse et son inexpérience ? Le Code n'a su ni choisir entre ces deux principes, ni les concilier, et il en est résulté un système bâtard et contradictoire qui a été si souvent critiqué (1) que nous croyons inutile de le discuter longuement. Si, en effet, l'autorisation maritale n'est qu'un instrument d'autorité pour le mari, comme le voulait Pothier (2), comment se fait-il que la femme ait elle-même le droit de demander la nullité de ses engagements ? Et si, d'autre part, cette autorisation est un moyen de protection pour la femme, comment admettre que cette dernière, pleinement capable avant son mariage, soit immédiatement classée, sitôt mariée, parmi les mineurs et les fous, comme le fait l'article 1124 du Code civil ?

En définitive, dans ce chaos de la puissance maritale et de l'incapacité de la femme mariée, il nous est impossible de découvrir la véritable pensée du législateur, si tant est que lui-même l'ait connue d'une façon précise. Tout au moins chercherons-nous à nous éclairer par les textes.

Nous avons dit que le Code appliquait des solutions différentes, selon qu'il voulait réglementer les actes matériels ou juridiques de la femme mariée. Dans quelle catégorie rangerons-nous l'exercice d'une profession ? Avant de répondre à cette question, nous sommes obligé de rechercher si des éléments communs nous permettent de ramener à un seul type ces différentes professions. Le Code ne l'a pas essayé : il ne s'est même pas préoccupé de les définir ou de les classer. A la vérité, il semble bien difficile de généraliser en cette matière ; entre les professions d'avocat, médecin, professeur, artiste dramatique, fonctionnaire,

(1) V^o BEUDAUT, Cours de droit civil français. Etat et capacité des personnes, t. I, p. 476 à 480.

(2) POTHIER, De la puissance du mari, n^o 3.

commerçant, mécanicien, domestique, etc., il y a des abîmes. Aussi, les auteurs et la Jurisprudence ont-ils préféré faire entre elles des divisions et les séparer en classes dans lesquelles elles rentrent avec plus ou moins de difficultés.

Le commerce, étant donné son caractère spécial, les nombreuses opérations juridiques qu'il nécessite, son importance au point de vue patrimonial, forme de prime abord un genre particulier. Dans les autres professions, on distingue le louage d'ouvrage et les professions libérales. Le louage d'ouvrage a pour objet un fait matériel à accomplir; la profession libérale suppose un service intellectuel à rendre. Dans le premier cas, le prix est la contre-partie exacte du travail fourni; dans le second, les *honoraires* ne sont qu'une indemnisation de la peine prise et une marque de reconnaissance, car le service en lui-même est inappréciable en argent (1). Cette idée nous est venue, sensiblement transformée, des Romains chez lesquels les services n'ayant pas pour objet une chose corporelle et ceux qu'ils jugeaient inappréciables en argent étaient exclus du louage (2). Chez nous le criterium a changé : peu importe que le service à rendre ait pour objet une chose corporelle ou non; il y a des professions intellectuelles et des professions matérielles. A Rome, par exemple, un peintre, même de très grand talent, louait ses services, alors que chez nous il remplirait une profession libérale. Cette théorie, soutenue dans l'ancien droit par Coquille et Pothier, a été défendue depuis le Code par Troplong, Aubry et Rau et Guillouard (3). Malheureusement, des difficultés ont surgi sur le point de distinguer quand un service était intellectuel et quand il était matériel. Il en fut notamment ainsi pour la profession d'artiste dramatique que la Cour de Paris et certains auteurs avaient, de désespoir, assimilée au commerce (4).

(1) *Mercedem non meriti sed occupationis suæ ferunt*. SÉNÈQUE, De Ben., VI, 13.

(2) ACCARIAS, Précis de Dr. romain, t. II, p. 331.

(3) TROPLONG, II, n° 791 à 811. — AUBRY et RAU, t. IV, §§ 344 et 371 bis. — GUILLOUARD, Tr. du Contr. de louage, t. II, n° 696.

(4) MOLINIER, Traité de Dr. comm., I, n° 49. — DEVILLENEUVE et MASSÉ, Actes de comm., n° 107. — Paris. 27 juin 1840. D., 40. 2. 117.

En second lieu, il fut encore plus difficile de s'entendre lorsqu'on voulut déterminer la nature juridique des professions dites *libérales*. Troplong y voyait un mandat; dans une tirade pleine, d'ailleurs, d'idées morales très élevées, il s'efforçait de démontrer que le service rendu dans ces professions était gratuit. Il prenait pour exemple la profession d'avocat : l'indemnité, d'après lui, était facultative et il arguait de ce que, dans aucun barreau de France, un Conseil de l'Ordre ne permettrait à un défenseur de poursuivre en justice le paiement de ses honoraires. Mais on objectait victorieusement, et sur la foi de Cujas, qu'il était dans les usages de l'avocat d'obtenir, à l'avance, une indemnité appelée « provision ». L'avocat n'ayant pas de frais à exposer pour son client, il s'agissait évidemment là d'un salaire anticipé. D'ailleurs, les autres carrières libérales n'ont pas cherché à dissimuler ce caractère de leurs honoraires; les médecins et chirurgiens, entre autres, ne se font pas scrupule de poursuivre en justice le paiement d'une indemnité, parfois exagérée, car ils sont loin, et avec un peu de raison, de s'en remettre à la générosité problématique de leur clientèle.

D'autre part, il est difficile de faire rentrer dans le mandat les professions que l'on veut exclure du louage. Il suffit, pour s'en convaincre, de lire la définition donnée par l'article 1984 du Code civil : « Le mandat ou procuration est un acte par lequel une personne donne à une autre le pouvoir de faire quelque chose pour le mandant et en son nom ». Est-il possible, après cela, de soutenir que le médecin représente son malade, que le peintre est le remplaçant de celui dont il fixe les traits, que l'artiste dramatique ou lyrique joue aux lieu et place de son directeur?

La théorie du mandat était donc invraisemblable à tous les points de vue. C'est alors que MM. Aubry et Rau et, à leur suite, M. Guillouard ont voulu voir, dans toute profession libérale, un contrat innomé qui se rapproche du louage sans se confondre avec lui. Il s'en différencierait surtout par le service lui-même, qui serait intellectuel au lieu d'être matériel. L'engagement de rendre un service qualifié intellectuel ne serait pas civilement obligatoire, mais sa non-exécution donnerait lieu à

des dommages et intérêts. Il suffit de constater que cette même règle s'applique aux obligations de faire un acte matériel, pour s'apercevoir de l'inutilité de la division faite par ces auteurs.

Enfin, où trouverons-nous la limite entre le matériel et l'intellectuel ? Existe-t-il une profession où l'homme n'ait pas besoin de faire preuve d'intelligence et de réflexion ? Nous ne le croyons pas. Un homme qui ne penserait pas ne serait pas un homme ; une pensée qui ne serait pas matérialisée, une spéculation pure ne pourrait pas constituer un service. C'est ce que soutient énergiquement Laurent : « Rien n'est plus faux, s'écrie-t-il, que la prétendue distinction spiritualiste entre le travail mécanique et le travail intellectuel ; l'homme n'est pas une machine, il est un être pensant et il met son intelligence dans tout ce qu'il fait » (1). Et réciproquement, il n'est pas de profession, si intellectuelle soit-elle, qui ne comporte un élément matériel. Certes, un avocat remue plus d'idées qu'un coiffeur, mais ce n'est pas une raison pour soutenir que le premier n'accomplit pas un acte matériel lorsqu'il plaide et que l'intelligence du second n'a aucune part dans l'exercice de son métier. Nous supprimerons donc catégoriquement la vieille division établie entre ces deux ordres de services, et pour nous, le contrat de travail, quel qu'il soit, n'est pas autre chose qu'un louage d'ouvrage.

Il nous reste à rechercher s'il n'est pas possible de rapprocher le commerce des autres professions et s'il n'a pas, tout au moins au point de vue de la capacité qu'il nécessite, les mêmes éléments essentiels. Ce qui le caractérise surtout, c'est, nous l'avons dit, la multiplicité des actes juridiques qu'il comporte et son importance au point de vue patrimonial. Aussi un auteur (2) a-t-il soutenu que le commerce n'était qu'un ensemble d'actes juridiques et que l'engagement professionnel était un acte *non juridique* n'intéressant pas le patrimoine. Il nous semble difficile de défendre sérieusement l'une ou l'autre de ces affirma-

(1) LAURENT, Princ. de Dr. civ., t. XXVII, n° 337.

(2) HUC, t. II, n° 263 et 264.

tions. Le commerçant joue dans la société un rôle d'intermédiaire. Marchand, il achète pour vendre; chef d'entreprise, il loue des services pour les sous-louer. Ce faisant il accomplit évidemment des actes juridiques. Mais ce qui donne à l'ensemble de ces opérations le caractère professionnel, c'est le but lucratif, l'intention de réaliser un bénéfice. Or ce bénéfice ne résulte pas seulement des actes plus haut cités; il est la contre-partie exacte de services rendus, services qui consistent, par exemple, à faire venir des marchandises de lieux éloignés et différents, à les mettre à la disposition d'un certain nombre d'acheteurs, à les classer, à rassembler des ouvriers dans un but déterminé, en les choisissant selon leurs aptitudes, etc. D'ailleurs, ce serait aller trop contre l'évidence que de nier l'existence ou même l'importance du rôle matériel joué par le commerçant. C'est grâce à ses efforts plus ou moins savants, plus ou moins adroits, plus ou moins prudents, que les bénéfices augmentent ou diminuent et ces derniers ne sont en définitive qu'un salaire ayant pour base les services rendus (1).

S'il est difficile de soutenir que le rôle du commerçant est exclusivement juridique, n'est-il pas plus étrange encore d'affirmer que les autres professions ne sont composées que d'actes non juridiques, n'intéressant pas le patrimoine? En effet, toute profession autre que le commerce peut se réduire à une obligation de faire, obligation qui, non accomplie, se résout en dominages et intérêts. A l'obligation pour l'employeur de verser le prix convenu correspond celle pour l'employé de fournir la prestation promise (2).

(1) Notre formule s'applique même à la spéculation qui semble, à première vue, devoir s'en éloigner. Le spéculateur, en effet, ne fait que profiter d'un service dont le premier commerçant n'avait pas su ou n'avait pas pu percevoir la valeur véritable.

Bien qu'il ne rende pas nécessairement un service, il n'en reste pas moins tenu d'actes matériels (correspondance, relations, voyages, présence à ses bureaux, etc.) et nous y retrouvons le double caractère que nous avons voulu montrer dans chaque profession.

(2) Il est une profession où on a cherché à dissimuler ce double caractère contractuel, c'est celle d'avocat. Ce dernier doit se garder d'engager sa responsabilité: il lui est interdit de poursuivre en justice le paiement de ses honoraires. D'après certains

En définitive toute profession, quelle qu'elle soit, n'est que le fait pour une personne de mettre au service d'une ou plusieurs autres son activité, moyennant une rétribution qui est donnée, soit sous forme de salaire soit sous forme de bénéfice. Elle comprend donc nécessairement un élément juridique et un élément matériel. Si nous nous rappelons que le Code applique des solutions différentes selon que la femme mariée fait un acte physique ou un acte juridique, nous aurons alors à rechercher comment se peuvent concilier ses dispositions, en partant de cette analyse de la profession en général.

Mais, indépendamment des situations non prévues par la loi et que nous aurons à éclairer de ces principes, nous rencontrons dans nos Codes des articles précis qui s'appliquent à la femme mariée commerçante, alors que rien n'a été prévu au sujet du contrat de travail. Pour la clarté de l'exposition, nous étudierons donc, d'abord, la capacité de la femme mariée dans le commerce et nous chercherons ensuite quels sont les droits de cette dernière quant à l'exercice des autres professions.

Avant de commencer cette étude, il est nécessaire de faire une remarque importante. Nous verrons, par la suite, que beaucoup de solutions consacrées par la jurisprudence ou admises généralement par les auteurs modernes se trouvent en contradiction formelle avec celles que nous croyons devoir déduire des textes de nos lois. Cependant nous n'avons pas voulu faire du paradoxe de parti pris et nous croyons nos théories sérieusement motivées. Nous ne prétendons pas non plus que nos adversaires n'aient pas raison dans leurs conclusions. Tout cela s'explique par une différence de point de vue.

Il y a longtemps que les jurisconsultes ont abandonné l'interprétation stricte de la loi pour se rapprocher de l'équité. La doctrine n'a pas su résister longtemps devant certaines conséquences des systèmes de nos Codes et nous montrerons plus loin comment Demolombe lui-même essaye de repousser des

auteurs il lui serait même interdit d'en demander. Ces dispositions, d'ailleurs légèrement hypocrites, sanctionnées par des peines disciplinaires, ne sont que d'ordre intérieur et sont légalement inexistantes. (Caen, 1^{er} mars 1902. S., 03. 2. 5.)

arguments jugés par lui irréfutables. A l'heure actuelle, les articles de loi ne sont guère plus considérés que comme des indications générales servant à construire des théories, d'où on élimine sans scrupule les dispositions imparfaites. La méthode même employée par la doctrine s'est complètement modifiée : le commentaire a été remplacé par l'exposition synthétique, où l'on cherche à déduire le droit en combinant la loi, la pratique et l'équité. La jurisprudence elle-même n'a pas su respecter intégralement les dispositions légales. Sans oser les violer ouvertement, elle les a pliées, déformées ou mutilées pour les rajeunir et les humaniser.

Il ne s'agit pas pour nous de rechercher si une telle tendance est un bien ou un mal : si elle est légitime en tant qu'elle concourt au perfectionnement juridique ou si elle peut devenir dangereuse dans ses conséquences. Il nous suffira de constater qu'il en est résulté deux droits, l'un théorique, l'autre pratique, comme il y avait chez les Romains un droit civil et un droit prétorien. Ces deux droits, il est de plus en plus difficile de les confondre et certains auteurs, notamment M. Planiol, les distinguent soigneusement.

C'est la méthode que nous avons cru devoir suivre, puisque nous faisons un exposé historique. Nous allons examiner l'opinion de nos Codes ; nous rechercherons plus loin dans une étude sommaire quelle est celle de la jurisprudence.

CHAPITRE PREMIER

Femme mariée commerçante

En matière commerciale, comme en matière civile, il n'existe pas d'incapacité résultant du sexe, et les femmes non mariées, filles, veuves, divorcées ou séparées de corps peuvent exercer le commerce avec la même liberté que les hommes eux-mêmes. C'est à peine si à cette capacité sont apportées quelques restrictions ; encore ces dernières sont-elles plutôt d'ordre politique que d'ordre juridique. En effet, les femmes, mariées ou non, ne peuvent pas être élues juges au Tribunal de commerce (1). Elles ne peuvent pas remplir les fonctions de courtier privilégié et d'agent de change, dont les charges constituent des offices ministériels ; enfin, même commerçantes, elles sont exclues des Bourses de commerce (2). Cette exclusion tiendrait aux dangers qu'aurait pour la morale publique leur présence au milieu de l'agitation qui règne dans ces établissements (3). Sans insister sur ce que cette mesure a d'injuste et d'outrageant, il convient de remarquer que ces différentes interdictions laissent intacte la capacité commerciale proprement dite de la femme non mariée. Il n'en est pas de même pour la femme mariée : par le fait même du mariage, elle subit une double déchéance : elle ne peut pas d'abord se livrer au commerce sans y avoir été habilitée ; lorsqu'elle est devenue commerçante, il existe encore des actes

(1) L'électorat leur a été conféré par la loi du 23 janvier 1898, loi qui jusqu'ici semble avoir donné les meilleurs résultats.

(2) Arrêt du Conseil du 24 septembre 1724, art. 11, Ordonnance de police du 1^{er} Thermidor an IX.

(3) BÉDARRIDE, Des Bourses de commerce, n° 41.

qui, bien que faisant partie de la profession, nécessitent une habilitation nouvelle.

A quelles conditions la femme mariée peut-elle devenir marchande publique ? Ces conditions remplies, quelle est l'étendue de sa capacité ? Telles sont donc les deux questions que nous avons à résoudre.

I. — HABILITATION DE LA FEMME MARIÉE A FAIRE LE COMMERCE

§ 1^{er}. *Du consentement marital*

Comme nous l'avons dit plus haut, la femme qui veut accomplir un acte juridique quelconque doit obtenir l'autorisation de son mari. Cette règle, dont le fondement véritable nous échappe en droit civil, ne se justifie guère mieux en matière commerciale.

On a bien dit (1) qu'elle était plus utile dans le commerce que partout ailleurs, par ce fait que les actes de commerce de chacun des époux peuvent réfléchir sur l'autre, surtout les actes accomplis par la femme. Nous répondrons d'abord que cette affirmation n'est vraie que pour certains régimes et ensuite qu'il eût été facile au législateur, s'il l'eût bien voulu, de remédier à cette conséquence (2). On a dit que la femme prend ainsi au ménage le temps qu'elle consacre au commerce, que, pour la bonne direction de la famille, le mari doit avoir le pouvoir de donner ou de refuser son autorisation, sous peine de voir s'introduire l'anarchie dans l'association conjugale. On a énuméré enfin tous les arguments en faveur de l'incapacité de la femme mariée, arguments que nous avons essayé de réfuter dans notre Introduction.

1. *Caractère de l'autorisation.* — Quoi qu'il en soit, l'autorisation maritale est nécessaire pour que la femme puisse devenir commerçante, mais cette autorisation est bien différente de celle qui existe en droit civil. Cette dernière est spéciale et doit

(1) THALLER, Précis de Dr. comm., n° 98.

(2) V. plus loin, Système allemand.

être obtenue pour chaque acte que la femme veut accomplir (art. 218, 219 C. civ.). En matière commerciale, au contraire, l'autorisation est générale et donne à la femme, avec le droit de devenir commerçante, celui de faire, sauf certaines exceptions, tous les actes qu'elle juge utiles à l'exercice de son commerce. Exercer le commerce, en effet, ce n'est pas accomplir accidentellement un acte commercial isolé, c'est faire, dans un but lucratif, un nombre suffisant d'actes commerciaux pour que ceux-ci puissent constituer une profession. « Sont commerçants, dit la loi (1), ceux qui exercent des actes de commerce et en font leur profession habituelle ». Alors que la femme qui voudrait faire un acte commercial isolé serait soumise au droit commun et aurait besoin d'une autorisation spéciale, la femme habilitée à devenir commerçante est par cela même autorisée à faire tous les actes qui dépendent de son commerce (art. 4 et 5 C. com.), sauf les exceptions qui seront examinées plus loin.

Les raisons de cette faveur sont faciles à comprendre. Il est évident qu'il eût été presque toujours impossible à la femme d'exercer sa profession s'il eût fallu pour chaque acte une autorisation spéciale. Le commerce est un composé complexe d'actes juridiques qui s'enchainent et se suivent avec une grande rapidité. La célérité qu'ils exigent serait incompatible avec les formalités de l'autorisation.

S'il est permis au mari de donner à sa femme l'autorisation de faire le commerce, il ne lui est pas défendu de restreindre cette autorisation : il peut subordonner son consentement à telle condition qu'il lui plaira (2) ; il peut le limiter à un commerce déterminé. On a même prétendu que le mari ne pouvait pas donner son consentement d'une manière générale pour tous les commerces qu'il plaisait à la femme d'exercer et qu'il devait spécifier le genre de commerce pour lequel il donnait son

(1) C. comm., art. 1.

(2) NOUGUIER, t. I, n° 567, Paris, 14 avril 1866. *Journ. des Trib. de com.*, 1866, n° 5342, p. 233. Dans cette espèce, le mari avait exigé que la femme quittât son nom de femme et souscrivit ses engagements de son nom de fille.

consentement. Cette opinion qui a été soutenue par la Cour de Bordeaux (1) se base sur l'article 223 du Code civil qui exige la spécialité de l'autorisation. Mais, à cet article, l'article 4 du Code de commerce a apporté une dérogation formelle, il permet simplement à la femme d'être marchande publique avec le consentement de son mari, sans limiter en aucune façon la portée de ce consentement. La femme autorisée à être marchande publique peut donc exercer ensuite tel commerce qu'il lui plaît : c'est ce qui ressort d'une façon évidente de cet article très clair et très précis, cette opinion est d'ailleurs défendue par la plupart des auteurs (2).

2. Formes du consentement. — De quelle façon peut se manifester le consentement marital ? Nous trouvons dans l'article 217 du Code civil qu'il peut résulter soit d'un acte spécial, soit du concours du mari dans l'acte. Cette dernière façon de manifester sa volonté semble devoir être plus rare en matière commerciale qu'en matière civile, car l'exercice du commerce ne résulte pas d'un seul acte, mais d'une multitude d'actes. Le consentement du mari peut cependant résulter de son concours à l'achat d'un fonds de commerce, ou d'un lot important de marchandises, à un traité avec un entrepreneur pour la construction d'un magasin, etc. La femme, il est vrai, ne serait ainsi autorisée qu'à l'exercice du commerce indiqué dans l'acte ou résultant logiquement de l'opération en question.

Indépendamment de son autorisation expresse, ou de celle qui résulte de son concours à certains actes, le mari peut-il être considéré, d'après les circonstances de fait, avoir donné tacitement son consentement ? Peut-on déduire de ce qu'il a connu le commerce exercé par sa femme qu'il y a consenti ? La question semble ne devoir pas pouvoir être posée, puisque le Code civil a énuméré limitativement les modes d'autorisation et que le Code de commerce est muet sur ce sujet.

Certains auteurs ont bien prétendu que le consentement résul-

(1) Bordeaux, 12 nov. 1873. S., 74. 2. 193.

(2) ALAUZET, t. I, n° 297. — LYON-CAEN et RENAULT, t. I, n° 243, note 4. — NOUGUIER, t. I, n° 563.

tant du concours du mari dans l'acte n'était qu'un exemple du consentement tacite et que ce dernier devait être admis d'une manière générale; mais nous verrons plus loin que cette théorie est difficilement soutenable (1).

En revanche, si un tel consentement n'est pas admis en matière civile, sa validité n'a jamais été mise en doute en matière commerciale (2). Cela tient à ce que cette solution, si elle ne répond pas au texte de la loi, est l'expression parfaite de la volonté du législateur. Elle avait été admise lors de la discussion de l'article 4 du Code de commerce et on avait même repoussé un projet de la section de l'Intérieur qui demandait que l'autorisation maritale fût expressément manifestée (3). Un tel vote ne peut pas laisser de doute en nos esprits. Quant au principe que nous défendons, ou bien on oublia de l'insérer dans l'article 4, ou bien on le jugea inutile. D'ailleurs, la loi elle-même porte des traces de cette volonté du législateur : ce dernier a employé le mot « *consentement* », qui ne représente en quelque sorte que la volonté intrinsèque du mari, au lieu du mot « *autorisation* » employé par le Code civil et qui représente l'acte par lequel on donne corps et forme à une telle volonté.

Enfin ce système est de tradition dans notre droit : Dumoulin, Loysel l'acceptaient sans difficultés et nous le trouvons mis en pratique dans la coutume de Troyes et dans la coutume de Paris (4).

La question de savoir si le mari a tacitement consenti au commerce exercé par sa femme est une question de fait qu'apprécient souverainement les tribunaux. Le consentement est réputé avoir été donné lorsque la femme n'a pas caché sa profession et a fait le commerce au vu et au su de son mari. Il en est ainsi notamment lorsqu'une enseigna désigne une femme

(1) 1^{re} partie, Ch. II.

(2) D. Supp. V^o Commerçant, n^o 464.

(3) Locré, Esprit du C. com., t. 1, art. 4, VI, p. 21 et suiv.

(4) DUMOULIN, Sur Le Bourbonnais. La coutume du Bourbonnais. — LOYSEL, Institutes coutumières, L. II, titre 1^{er}. Des personnes, art. 39, L. I, n^o 57. — Coutume de Troyes, art. 13. — Coutume de Paris, art. 234 et 235.

comme marchande publique (1), lorsqu'une femme a acheté le fonds de commerce de son mari (2), lorsque le mari, étant commerçant a laissé à sa femme, avant de partir en voyage, une procuration générale d'administrer ses biens (3).

3. *De la nécessité d'un commerce séparé.* — Alors même que la femme exerce le commerce au vu et au su de son mari, elle n'est pas nécessairement commerçante : il faut encore qu'elle fasse un commerce séparé de celui de son mari, c'est ce qui résulte des articles 220 du Code civil et 5 du Code de commerce. Cette règle dérive des principes mêmes qui régissent chez nous la situation de la femme mariée ; en effet, la femme ne saurait avoir « un rôle distinct de celui de son mari devant lequel elle s'efface et doit disparaître » (4). Quand les deux époux exercent ensemble un commerce, la femme est réputée mandataire de son mari. « Elle est en cela, dit Pothier (5), semblable à un » facteur ou à une fille de boutique, lesquels, lorsqu'ils contractent pour leur maître ne sont pas censés contracter en leur » nom et ne s'obligent pas, mais obligent leur maître, qui est » censé faire lui-même, par leur ministère, les contrats qu'ils » font pour lui et qu'il est dans l'habitude de faire par leur ministère. »

Quant au sens des mots « commerce séparé », il ne semble pas devoir causer de difficultés : il faut et il suffit que le mari et la femme aient des intérêts distincts qui ne risquent pas d'être confondus. Mais cette explication n'a pas satisfait tous les auteurs et toute la Jurisprudence. Dans le but d'éviter des fraudes contre les créanciers, on a prétendu qu'il ne fallait pas prendre au pied de la lettre le texte de la loi. Le législateur aurait voulu simplement dire que lorsque la femme ne fait que détailler les marchandises de son mari elle n'est pas commer-

(1) Bruxelles, 23 mars 1841. S. et P. chr.

(2) Paris, 9 janvier 1837. *Journ. des Trib. de com.*, t. 6, n° 2060, p. 150.

(3) Paris, 5 mars 1835. S. 35. 2. 137. — V° aussi Riom, 2 mars 1821. P. chr. — Paris, 17 août 1872. *Journ. des Trib. de com.*, t. 21, n° 7543, p. 525. — Cass., 31 mai 1875. D., 76. 1. 390. Cass., 17 janvier 1881. D., 81. 1. 225.

(4) DEMOLOMBE, Du mariage, t. II, n° 199.

(5) POTHIER, De la puissance du mari, n° 20.

çante. Mais il n'en serait pas de même dans le cas où cette dernière agirait en son nom personnel, alors même qu'elle exercerait le commerce conjointement avec son mari. Du moment qu'elle remplirait les conditions de l'article 1 du Code de commerce, elle serait réputée marchande publique (1). Savoir quand elle agit en son nom personnel serait une question de fait qu'auraient à apprécier les tribunaux. C'est ainsi qu'il a été jugé que la femme qui fait habituellement des achats et des ventes, qui tient la caisse ou la comptabilité est commerçante (2).

Mais cette opinion ne pouvait pas prévaloir, elle est en contradiction flagrante avec le texte de l'article 5 du Code de commerce et avec son esprit. Le législateur a entendu protéger la femme contre l'influence du mari et contre les manœuvres par lesquelles il pourrait compromettre sa fortune. D'autre part, il s'est inspiré de la coutume de Paris et celle-ci était plus exigeante encore et plus caractéristique. Il fallait que la femme fit « marchandise séparée et *autre* que celle de son mari » (art. 235) (3). Le Code a supprimé la nécessité d'un commerce différent, mais il a continué à vouloir qu'il fût séparé, ce qui ne peut s'appliquer au commerce exercé conjointement par les deux époux. La presque unanimité de la doctrine et la Jurisprudence la plus récente sont dans notre sens (4).

Bien plus, si la femme exerçait un commerce avant son mariage et que mariée, elle continue à l'exploiter, mais conjointement avec son mari, elle ne sera plus commerçante, car, en effet, à partir du jour de son mariage, elle ne fait plus « marchandise séparée » (5).

(1) BESLÿ, t. 1, n° 418 et suiv.

(2) Cass., 5 mai 1837. D., 57. 1. 303. — Paris, 12 août 1873. *Journ. des Trib. de com.*, t. 23, n° 7997. — Rennes, 18 mars 1879, p. 103 ; *ibid.*, t. 29, n° 9694, p. 344. — Lyon, Rec. des arrêts de Lyon, t. 43, p. 166. — Paris, 24 avril 1883, *Journ. des Trib. de com.* 1884, n° 10450, p. 158.

(3) POTHIER, De la puissance du mari, n° 20.

(4) V° notamment : Cass., 19 janvier 1881. D., 82. 1. 63 ; *id.*, 11 août 1881. D., 83. 1. 296.

(5) Cass., 1^{er} mai 1820. S. et P. chr.

4° *Capacité du mari et de la femme.* — Nous avons vu de quelle façon la femme pouvait être autorisée; il nous faut maintenant rechercher quelles sont les conditions que doit réunir le mari pour donner valablement son consentement.

Il ne doit être ni interdit, ni mineur, ni pourvu d'un conseil judiciaire. Les deux premières hypothèses ne souffrent aucune discussion : l'interdit est, en effet, frappé d'incapacité générale (1) et quant au mineur, ne pouvant pas donner seul son consentement pour un acte isolé (art. 224 C. civ.), il ne peut évidemment pas, du moins à lui seul, habiliter la femme à faire le commerce. Mais on discute sur le point de savoir si le mari pourvu d'un conseil judiciaire peut donner une autorisation valable. Certains auteurs ont soutenu l'affirmative, en se basant sur ce que la nomination d'un conseil judiciaire n'est pas indiquée par la loi comme portant atteinte à la puissance maritale (2) (art. 222-224 C. civ.). Pour eux, par conséquent, la femme serait suffisamment autorisée par le mari seul. Cette opinion semble assez peu raisonnable, si l'on se rappelle que le prodigue ne peut pas exercer le commerce (arg. art. 513 C. civ.) même avec l'assistance de son conseil (3); dans ces conditions, il est inadmissible qu'il puisse autoriser sa femme à devenir marchande publique, c'est-à-dire à faire ce qu'il ne peut pas faire lui-même (4). Minorité, interdiction, conseil judiciaire, telles sont donc les trois causes qui seules peuvent enlever à un mari la capacité générale d'autoriser sa femme à faire le commerce. La faillite elle-même laisse intact ce pouvoir du mari (5). Cependant il peut arriver que son consentement, valable en principe, soit insuffisant par suite de circonstances tenant à la situation même de la femme. Nous voulons parler du cas où cette dernière, étant mineure, manifeste l'intention de devenir marchande publique. Il faudra évidemment que tout d'abord elle ait l'âge

(1) Il convient d'y assimiler le mari aliéné et interné.

(2) DURANTON, t. 2, n° 507. — BESLAY, t. 1, n° 321.

(3) ALAUZET, t. 1, n° 273.

(4) DEMOLOMBE, t. IV, n° 226. — Paris, 13 nov. 1866. D., 66. 2. 245 et note.

(5) Cass., 27 avril 1881. *Journ. des Trib. de com.*, t. 30, n° 9944, p. 610. SIREY, Rép. alph. V° Autor. de la femme mariée, n° 290.

exigé par la loi, c'est-à-dire dix-huit ans accomplis (art. 2 C. com.). Cette condition remplie, pourra-t-elle, simplement autorisée de son mari, exercer le commerce? Il est clair que le consentement marital est nécessaire, d'abord parce qu'il est exigé sans distinction par la loi (art. 4 C. com.) et ensuite parce que la minorité de la femme ne peut pas faire disparaître la puissance du mari. Mais on se demande si ce consentement sera suffisant. La difficulté vient de ce que l'article 2 du Code de commerce exige pour le mineur des formalités spéciales : il doit être autorisé par son père ; à défaut de celui-ci, par sa mère ; à défaut de ces derniers, par une délibération du conseil de famille homologuée par le Tribunal civil (1).

La femme mariée mineure a-t-elle besoin, en plus du consentement marital, de cette autorisation ? On a soutenu que non, en disant que le mariage a émancipé la femme et l'a soustraite à l'autorité paternelle (art. 372 C. civ.) et que, d'autre part, l'article 4 du Code de commerce en permettant au mari d'autoriser sa femme n'a apporté aucune limite à ce pouvoir (2). Mais l'affirmative a justement réuni presque tous les suffrages ; en effet, le mineur émancipé reste encore, quant à la disposition de ses biens, sous l'autorité protectrice de sa famille (art. 483 et 484 C. civ.) ; il lui faut parfois encore l'autorisation de cette dernière et le commerce fait partie des actes que l'émancipation ne lui donne pas le droit de faire seul. Quant à la prétendue exclusion de l'article 2 par l'article 4, elle n'est nullement justifiée. Les deux articles au contraire se concilient parfaitement. La loi exige de la femme mineure lorsqu'elle est mariée une condition de plus que si elle ne l'était pas ; à la puissance paternelle vient s'ajouter sans la détruire la puissance maritale. Cette solution, d'ailleurs, en même temps que juridique est des plus équitables ; le commerce est plein de dangers et d'incertitudes, les fraudes y sont faciles ; il pourrait arriver que le mari,

(1) L'acte d'autorisation doit, en outre, être affiché au Tribunal de commerce du lieu où le mineur veut établir son domicile.

(2) MASSÉ, t. III, n° 170. — Grenoble, 17 février 1826. S. et P. chr. D. Rép. V° Commerçant, p. 520, n° 3.

abusant de l'inexpérience de sa jeune femme, provoquât de sa part une demande d'autorisation et lui fit ainsi indirectement contracter des obligations onéreuses. Le fait se présente souvent en pratique et les tribunaux ont annulé plusieurs fois des engagements commerciaux pris par la femme mineure dans l'intérêt personnel du mari (1).

5. *De la révocation du consentement.* — Nous avons vu comment le mari peut donner son autorisation, il nous reste à voir s'il peut la révoquer et dans quelles conditions. La rédaction même de l'article 4 du Code de commerce nous indique de suite que cette révocation est possible. « La femme ne peut être marchande publique, dit-il, sans le consentement de son mari » ; il en résulte que lorsque ce consentement cesse, la femme ne peut plus être commerçante. D'autre part, l'article 1388 du Code civil ne permet pas au mari d'aliéner sans retour les droits qui résultent de la puissance maritale. Enfin, les travaux préparatoires sont très explicites et la pensée du législateur ne fait aucun doute à ce sujet. Bigot-Prémameneu en expliquait ainsi le fondement moral dans la séance du 3 janvier 1807 : « *Aucune considération* ne devait, disait-il, détourner le législateur d'armer le mari de moyens suffisants pour empêcher une femme entêtée de courir à sa perte ; le mari est toujours le chef et le maître de sa famille » (2).

Cette révocation était possible, même en cas de séparation de corps, avant la loi du 6 février 1893. Elle reste permise, même en cas de séparation de biens (3). Même après avoir donné son consentement par contrat de mariage, le mari peut le retirer ; le respect de la puissance maritale, ordonné par l'article 1388 du Code civil, passe, en effet, avant le principe de l'immutabilité des conventions matrimoniales, puisqu'il est exigé avant tout pour la validité de ces conventions (4).

(1) Paris, 15 février 1838. D., 38. 2. 123. — Paris, 23 avril 1861. D., 61. 5. 83. — Poitiers, 5 mai 1880. D., 80. 2. 232.

(2) Locré, *Esprit du Code de com.*, t. I, p. 27.

(3) PARDESSUS, n° 64.

(4) Bordeaux, 12 nov. 1873. S., 74. 2. 493.

Il est cependant un cas où l'on a prétendu que le mari ne pouvait pas révoquer son consentement, c'est lorsqu'il a autorisé sa femme à contracter une société avec un tiers (1) : la femme, a-t-on dit, ne peut sortir de la société que dans les conditions où pourrait le faire un associé ordinaire ; le mari ne peut pas par un simple changement de volonté porter préjudice à l'associé de sa femme. Cette solution se défend par ce fait que le mari savait ce qu'il faisait en consentant, puisque, ainsi que nous le verrons plus loin, il faut à la femme une autorisation spéciale pour passer un acte de société ; mais cet argument ne nous semble pas décisif. S'interdire de retirer son consentement pendant une période déterminée ou sous certaines conditions, c'est porter atteinte aux droits qui résultent de la puissance maritale ; quel que que soit l'intérêt des tiers, cette puissance reste intangible ; renoncer en faveur de quelqu'un, ce n'en est pas moins renoncer (art. 1388 C. civ.). Mais, comme le fait de la révocation du consentement peut causer au tiers associé un grave préjudice, il serait très admissible, à notre avis, que ce dernier demandât et obtint contre le mari des dommages et intérêts.

Cette révocation laisse évidemment intacts les engagements antérieurs de la femme ; elle ne peut avoir d'effets que pour l'avenir ; encore doit-elle, pour être opposable aux tiers qui auraient traité postérieurement, avoir été portée à leur connaissance. La loi n'ayant, à ce point de vue, prescrit aucune forme spéciale de publicité, les juges auront à apprécier la bonne ou la mauvaise foi des tiers selon les circonstances (2).

§ 2 *Des pouvoirs de la Justice au point de vue de l'habilitation de la femme mariée à faire le commerce*

1. *Impossibilité de l'autorisation judiciaire.* — Les quelques articles du Code de commerce qui traitent de l'habilitation de

(1) Cass., 9 nov. 1859. Note. S., 60. 1. 74.

(2) Tribunal de Comm. de Périgueux, 24 mai 1853 ; sous Cass., 23 janvier 1854. S., 54. 1. 193.

la femme mariée à devenir marchande publique sont loin de répondre à toutes les questions qui se posent à ce sujet. Le législateur a bien envisagé l'hypothèse où le mari accorde son consentement, mais il a oublié de se préoccuper des cas où la femme est dans l'impossibilité de l'obtenir, soit parce que le mari refuse de le donner, soit parce qu'il est lui-même empêché par suite d'absence ou d'incapacité.

Cependant la situation de la femme peut être, dans ces circonstances, extrêmement digne d'intérêt. Commerçante adroite, ayant reçu une éducation spéciale à cette profession, ayant peut-être une expérience éprouvée, suffira-t-il d'une volonté arbitraire du mari pour l'empêcher d'employer ses heureuses facultés? Bien plus, unie à un époux paresseux et malfaisant qui se dispense de subvenir aux besoins du ménage, sera-t-elle privée, par suite d'un refus injuste, du pouvoir d'exercer le commerce qui la ferait vivre, elle et ses enfants? Ces conséquences, tout iniques qu'elles soient, dérivent directement de la puissance maritale, telle qu'elle est établie dans nos Codes; elles sont logiques, sinon équitables. On comprend que le législateur, fidèle à son principe d'omnipotence maritale, ait pu croire inutile de réglementer les abus de puissance du mari; mais que penser de son silence sur l'hypothèse où la femme ne peut pas obtenir d'autorisation parce que le mari est absent ou incapable? C'est à ce moment-là qu'elle aura le plus besoin d'exercer le commerce, puisqu'elle aura la charge de remplacer le mari et d'entretenir la famille. Peut-on croire que, dans ces circonstances, cette faculté lui soit refusée?

Enfin, si la femme autorisée exerce un commerce prospère, suffira-t-il d'une révocation injuste du consentement marital pour l'obliger à un abandon désastreux de sa situation et à une liquidation peut-être ruineuse?

Ces questions méritaient plus d'attention de la part du législateur, d'autant plus qu'elles se présenteront de nouveau à nous aussi troublantes et aussi délicates à propos des autres professions. Dans le silence des textes, de nombreuses opinions se sont manifestées en doctrine et en jurisprudence. Dans les théories

les plus généralement admises, on accorde à la justice le droit de remplacer dans certains cas le consentement marital. Certains le lui accordent dans tous les cas. On se base sur le système du Code civil et sur les nécessités de la pratique. Quant à nous, avant d'étudier les diverses solutions posées, nous repoussons catégoriquement le principe même de l'intervention judiciaire et nous soutenons qu'en aucun cas, quelles que soient les nécessités de la pratique, la Justice ne pourra donner à la femme mariée l'autorisation de faire le commerce. Cette solution rigoureuse, de laquelle la jurisprudence s'est souvent écartée, résulte des textes, de la pensée du législateur et des principes fondamentaux qui gouvernent la puissance maritale et l'organisation de nos régimes matrimoniaux.

Tout d'abord, il ressort clairement des articles 217, 218, 219, 221, 222, 224 du Code civil et 864 du Code de procédure que l'autorisation du mari est la règle et celle de justice l'exception. Dans ces conditions, l'énumération faite par la loi doit être considérée comme limitative, et il est impossible d'étendre ses dispositions aux cas qu'elle ne prévoit pas expressément : or la loi ne dit nulle part que la justice pourra, à défaut du mari, autoriser la femme à devenir commerçante.

En second lieu, il faut se rappeler que le principe essentiel de l'autorisation est la spécialité : c'est une faveur exorbitante du droit commun que de permettre à un mari d'autoriser sa femme à exercer le commerce, ce qui constitue une autorisation générale. Cette faveur ne peut pas être étendue au delà des termes dans lesquels elle est accordée ; par conséquent, de ce que l'article 4 du Code de commerce donne au mari le droit de permettre à sa femme de devenir marchande publique, on ne peut pas déduire qu'un droit semblable appartient aux tribunaux.

La pensée du législateur, telle qu'elle résulte des travaux préparatoires, est manifestement dans ce sens. Un projet de Regnaud de Saint-Jean d'Angély qui consacrait notre solution, semble n'avoir pas été inséré parce qu'on jugeait, et avec raison, l'article 4 suffisant. On fit d'ailleurs cette déclaration qui ne fut pas discutée, « qu'il convient de décider que la femme a besoin de

l'autorisation de son mari pour établir un commerce, mais qu'ensuite, si le mari veut le lui faire quitter, la justice en décidera » (1).

Des textes aussi précis, ainsi éclairés par la pensée du législateur, ne doivent laisser aucun doute ni permettre aucune discussion. Mais en supposant même qu'ils ne constituent pas des arguments décisifs, si nous admettons provisoirement la possibilité de l'autorisation de justice, nous allons nous heurter aux principes de la puissance maritale et quand nous voudrions appliquer la loi ainsi comprise, nous en serons empêchés par l'organisation même de nos régimes matrimoniaux.

En effet, nous avons exposé plus haut comment l'exercice du commerce comprenait nécessairement des actes juridiques et des actes matériels. Si nous supposons que la justice puisse autoriser la femme au point de vue des actes juridiques, cette dernière n'en restera pas moins dépendante au point de vue physique, puisqu'elle doit obéissance à son mari. Si elle ne possède pas la liberté physique, comment exercera-t-elle sa profession ? Le mari a le droit de dire à sa femme : Madame, vous ne sortirez pas ! Madame, vous n'irez pas à la comédie ! Madame, vous ne verrez pas telle ou telle personne !... (2), et grâce à un jugement, elle pourrait vaquer librement à ses occupations, aller à ses magasins quand il lui plairait, voir telle personne qu'il lui conviendrait de voir pour les intérêts ou sous prétexte des intérêts de son commerce ! Mais il suffirait, comme l'a dit Laurent (3), que le mari changeât de domicile, pour enlever tout effet à cette autorisation. A cela on répond que la femme pourrait attaquer cette décision du mari comme abus de la puissance maritale (4). Mais il n'y aura abus, dans ce cas, que si l'autorisation de justice est reconnue légale, ce qu'il faut précisément démontrer. Avec une telle affirmation il est interdit de repousser l'application d'un texte précis comme

(1) LOCRÉ, *Législat. de la France*, t. XVII, p. 452.

(2) THIBEAudeau, *Op. cit.*

(3) LAURENT, t. III, n° 135.

(4) PLANIOL, 3^e édit., t. I, n° 969.

celui de l'article 213 du Code civil et de supposer gratuitement que le législateur s'est contredit.

L'argument que nous venons d'exposer n'a de valeur que dans l'hypothèse où le mari présent refuse son consentement et ne s'applique pas aux cas où, absent ou incapable, il lui est impossible de manifester sa volonté. Mais dans toutes les hypothèses, refus, absence, incapacité, il est impossible de concilier le principe de l'autorisation judiciaire avec l'organisation de nos régimes matrimoniaux. Sous les régimes de communauté, les engagements de la femme obligent le mari (1). On a même soutenu que ce dernier pouvait être entraîné à la faillite par la faillite de sa femme (2). Comment serait-il possible que la volonté de la justice pût, malgré ou sans sa volonté, menacer le mari de telles éventualités ?

La plupart des auteurs admettent en principe notre opinion, mais il en est peu qui lui soient parfaitement fidèles. Demolombe lui-même, qui la soutient d'abord avec énergie, se laisse peu à peu faiblir et manifeste en fin de compte comme une révolte contre la loi qu'il trouve injuste.

« J'aurais peut-être compris, dit-il, une opinion.... qui serait venue nettement nous répondre que la justice peut toujours autoriser la femme à faire le commerce, non seulement en cas d'incapacité, mais même en cas de refus du mari ; non seulement en cas de séparation de biens ou de corps, mais même en cas de communauté : tel est, aurait-on pu dire, le droit commun ; les textes sont-ils donc tels qu'ils commandent impérieusement une dérogation ? Et quant aux inconvénients signalés, la justice les pèsera ; elle examinera les circonstances et n'accordera l'autorisation, comme toujours, qu'en connaissance de cause. Est-ce que cette garantie ne suffit pas ? Est-ce que cette faculté d'appréciation ne vaut pas mieux qu'une

(1) Cette conséquence est contestée par les partisans de l'intervention judiciaire. Elle est cependant nécessaire, ainsi que nous essayerons de le démontrer plus loin.

(2) THALLER, *Rev. crit. de législ.*, 1883, p. 41 et suiv. — *Traité élém. de Dr. comm.*, n° 109 et suiv.

défense absolue, qui pourrait être quelquefois si nuisible à la femme, aux enfants, au mari lui-même (1).

S'il est fort intéressant de voir un juriste comme le grand Demolombe s'attendrir sur la cause qui lui est chère et faire céder les considérations juridiques devant l'équité, il n'en est pas moins vrai que cette théorie est dépourvue de bases légales : il est inadmissible d'ailleurs, même en équité, que le mari soit responsable d'un ensemble d'actes aussi importants que le commerce, sans avoir consenti à son exercice. Pour admettre le système préconisé par Demolombe, il faudrait une refonte de nos régimes matrimoniaux, ou tout au moins des lois spéciales, délimitant nettement dans ce cas la responsabilité de chaque époux. La loi ne l'ayant pas fait, ce nous est encore un argument pour soutenir que la possibilité du recours à la justice pour suppléer au consentement du mari n'a jamais été envisagée.

Entre ces deux solutions radicales, l'une qui ne permet jamais l'autorisation de justice, l'autre qui la tolère toujours, les auteurs et la jurisprudence ont cherché des distinctions. Pour étudier ces différents systèmes, il nous faut, nous-même, distinguer entre le refus du mari et son impossibilité de consentir.

2. *Refus du mari.* — Dans le premier cas, il est admis unanimement que la question ne se pose pas sous tous les régimes : il faut supposer la femme mariée sous les régimes sans communauté ou dotal ou séparée de biens. Encore faut-il, dans les deux premiers, qu'elle fasse le commerce avec des capitaux d'emprunt ou que sous le régime dotal elle ait des parapher-naux. Si la question ne se pose pas sous les régimes de communauté, cela tient à ce que le mari a un intérêt considérable à ce que sa volonté soit respectée. Responsable des engagements de sa femme, comme nous l'avons déjà dit, même sur ses propres biens, on ne peut pas lui imposer un consentement qu'il refuse de donner. Si d'un autre côté l'on admet, comme le font certains auteurs, que le mari ne se trouve pas obligé en cas d'autorisation de justice, la question ne se posera

(1) DEMOLOMBE, *Mariage*, t. II, n° 248, p. 304.

guère en pratique : la femme aura bien peu de chances, en effet, de trouver des capitaux ; elle pourra seulement disposer de la nue propriété de ses immeubles, ce qui constituera pour elle une maigre ressource et une opération probablement désastreuse.

Dans le régime sans communauté et dans le régime dotal sans paraphernaux, le mari n'a rien à craindre des engagements de sa femme, mais la même difficulté s'élève au point de vue pécuniaire : l'hypothèse des capitaux d'emprunt est peu vraisemblable, d'autant plus que la justice ne donnera son autorisation que si la femme est dans le besoin. En définitive, la question ne présente d'intérêt réel que pour les cas où la femme est mariée sous le régime dotal avec paraphernaux ou pour le cas où elle est séparée de biens. Dans ces deux hypothèses seulement, elle satisfera à la double condition de ne pas obliger le mari et de pouvoir se procurer les ressources nécessaires.

Ceci admis, plusieurs opinions se trouvent en présence. M. Boistel (1) repousse en principe l'idée de l'intervention judiciaire, mais il admet un tempérament à cette règle dans le cas où le mari, ne pouvant pas ou ne voulant pas fournir des aliments à sa femme, refuserait de l'autoriser : « Car, dit-il, toute chance vaut mieux que la certitude de mourir de faim. Alors la justice pourrait intervenir, car l'abus d'un pouvoir n'est pas l'exercice d'un droit ». Nous ne doutons pas que cette solution soit équitable, mais il n'en subsiste pas moins contre elle tous les arguments que nous avons opposés plus haut à l'autorisation de justice. On pourrait peut-être la soutenir, en se basant sur l'article 213 du Code civil. Cet article oppose, au devoir d'obéissance de la femme, le devoir de protection du mari et Portalis affirmait que le premier était la conséquence du second. Or ce devoir de protection est analysé dans l'article 214 et il consiste notamment à fournir à la femme « tout ce qui est nécessaire pour les besoins de la vie, selon ses facultés et son état ». Le mari ne remplissant pas cette obligation, la femme

(1) Précis de Dr. comm., n° 95.

ne doit plus l'obéissance. Ainsi tomberait l'objection que nous avons tirée de l'article 213. Mais, outre que ce caractère résolutoire n'est pas énoncé par la loi, l'argument résultant de la corrélation existant entre les devoirs et les droits de la femme ne touche qu'au côté matériel de la profession : en admettant que le devoir d'obéissance de la femme puisse disparaître, son incapacité juridique n'en subsiste pas moins aussi complète et aussi étendue.

Pour M. Thaller (1), le critérium est différent. Si le mari n'est pas, de par son régime matrimonial, responsable des engagements de sa femme, la justice peut intervenir. Mais une condition est exigée cependant pour que le recours soit possible ; il faut que le refus du mari semble causé par la rancune, c'est-à-dire ne soit pas motivé par des raisons sérieuses, car la condition n'est pas invariable dans toutes les hypothèses.

M. Thaller base son système sur ce que la volonté qu'a manifestée le législateur de ne pas accorder à justice le droit d'autorisation en matière commerciale s'appuie sur deux raisons : 1° Sur ce que la femme doit obéissance à son mari. C'est pourquoi le refus du mari doit être injuste, c'est-à-dire constituer un abus de la puissance maritale. 2° Sur ce que, dans la plupart des régimes matrimoniaux, le mari est administrateur de tous les biens du ménage : or le commerce exige pour la femme une prise de possession de valeurs que le mari peut bien consentir à mettre à sa disposition, mais à la livraison desquelles il ne peut pas être obligé par Justice.

Lorsque, par conséquent, le refus est manifestement injuste, si la femme est mariée sous un régime où elle peut administrer ses biens, la règle qui lui refuse le droit de recourir au Tribunal civil n'a plus sa raison d'être.

La loi n'a pas fait ces distinctions et il est difficile de dire quel est le véritable fondement de ses dispositions : Est-il démontré que les raisons indiquées par M. Thaller soient les seules ? C'est peu probable. Nous croyons plutôt que le législa-

(1) Traité élément. de Dr. comm., n° 102.

teur a envisagé la question à un point de vue plus général : le mari, en tant que chef de l'association conjugale, étant considéré comme seul responsable de la direction du ménage et de l'établissement des enfants, a un très grand intérêt à ce que la femme ne dilapide pas, par des engagements onéreux, son patrimoine, alors même qu'elle aurait le pouvoir de l'administrer seule.

Est-il d'ailleurs extraordinaire que le législateur, considérant, à son point de vue, les dangers du commerce, ait donné au mari le droit exclusif d'autorisation ? La réussite de cette profession nécessite des connaissances, des aptitudes et des conditions spéciales : la femme est-elle en mesure d'exercer sans risques le commerce et d'en tirer profit ? Le mari seul peut faire cette appréciation délicate (1). En définitive, cette doctrine, d'ailleurs très raisonnable en soi, ne repose ni sur le texte ni sur l'intention de la loi. Cependant, poussée par des considérations pratiques, la jurisprudence a presque toujours admis le recours à justice en cas de séparation de biens, comme elle l'admettait en cas de séparation de corps avant la loi du 6 février 1893 (2). Il s'agit, le plus généralement, de séparation judiciaire. Dans ce cas le mari est souvent, non seulement un administrateur malheureux, mais un gérant prodigue et parfois malhonnête de la fortune de sa femme qu'il est en train de dilapider, quand ce n'est pas déjà fait. Mécontent de la mesure prise contre lui, il se venge à l'aide de toutes les vexations en son pouvoir et notamment il refuse à sa femme l'autorisation qu'elle demande de faire le commerce pour subvenir par elle-même à ses besoins. Il en résulte une iniquité que le juge a cherché de son mieux à faire disparaître par une solution illégale. Toute critiquable qu'elle soit, nous n'osons guère la lui reprocher.

3. *Incapacité du mari*. — S'il est à peu près reconnu, parmi les auteurs, que le refus du mari est sans appel, il n'en est pas

(1) Trib. civ. Lyon, 16 janvier 1869. D., 69. 3. 29.

(2) Paris, 24 octobre 1844. S., 44. 2. 581. — Grenoble, 27 janvier 1863. D., 63. 5. 38. — Cass., 17 janvier 1881. D., 81. 1. 223. V° *contra* : Trib. civ. de Lyon, 16 janvier 1869. D., 69. 3. 29., précit.

de même lorsque ce dernier se trouve dans l'impossibilité de donner son consentement. La question se pose, ainsi que nous l'avons vu plus haut, dans les cas où le mari est absent, interdit ou aliéné interné, pourvu d'un conseil judiciaire ou mineur. Ici, dans le louable but de solutionner une question difficile, on a invoqué des arguments qui nous semblent être de la plus fragile spéciosité. En cas d'absence, aliénation, prodigalité, l'autorisation de justice ne se trouverait plus en contradiction avec la volonté du mari, elle ne ferait que se substituer à sa volonté présumée conforme. Puisqu'il ne peut manifester ce qu'il veut, on suppose que la décision qu'il aurait prise et celle que prend le juge sont identiques (1). Cette présomption est bien hardie : elle ne peut se créer de toutes pièces sans le concours de la loi. En second lieu, si les époux sont mariés sous un régime de communauté, l'effet pourra être désastreux pour le mari à son retour, sa guérison ou son amendement. Pour éviter cette conséquence, M. Boistel (2) a proposé de ne permettre le recours à justice que dans le cas où, le mari étant incapable de consentir, les époux seraient en même temps séparés de biens. Dans cette dernière hypothèse, il n'y a guère de raison pour permettre l'autorisation de justice en cas d'absence et d'incapacité du mari plutôt qu'en cas de refus de sa part. Il est fort probable que son refus sera injuste et, dans ces conditions, il sera tout aussi dangereux pour la femme qu'une absence de consentement.

La question est plus délicate si le mari est mineur. Il peut vouloir, mais sa volonté n'est pas un consentement ; elle a une existence de fait, mais pas une existence légale. Il suffira donc de la « compléter » pour lui donner la force juridique. Il n'est pas plus raisonnable de « compléter » que de « remplacer » un consentement. La volonté existe ou n'existe pas. Qu'importe que le mari mineur veuille maintenant ; qui nous assure qu'il voudrait s'il était majeur ? Son consentement n'a pas plus de valeur que celui que pourrait donner l'interdit ou le prodigue. Le mal est-il

(1) BÉDARRIDE, Des com., n° 121. — MARCADÉ : sous l'art. 120. — MASSÉ, t. II, n° 1114. — MOLINIER, t. I, n° 164. — PARDESSUS, t. I, n° 63. — DURANTON, t. II, n° 478.

(2) Précis de Dr. comm., n° 95.

considérable d'ailleurs? La minorité du mari n'a qu'un temps, un temps même relativement court, après lequel il pourra donner une autorisation valable.

Cette solution n'a pas satisfait la plupart des auteurs, qui ont cherché à la remplacer, mais sans pouvoir s'entendre sur le système à employer.

Les uns veulent que le mari puisse autoriser sa femme, mais après avoir lui-même été autorisé à ce faire selon les formalités prescrites par l'article 2 du Code de commerce (1). Rien dans la loi ne vient justifier ce mode d'habilitation; elle permet bien aux parents d'un mineur de l'autoriser à faire le commerce, mais non de l'autoriser à autoriser sa femme.

Une autre opinion, la plus suivie, consiste à permettre à la femme de se faire autoriser par justice; on a dit, pour défendre ce système, qu'il serait étrange que la loi eût refusé à une personne majeure la faculté de faire le commerce, tandis qu'elle l'a accordée même à des mineurs (2). Etrange ou non, la loi ne nous semble pas devoir être interprétée dans cet esprit. Outre les arguments généraux que nous avons exposés contre l'autorisation de justice, il ne faut pas oublier la répercussion qu'auront les engagements de la femme sur la communauté.

Cette conséquence condamne entièrement le système puisque le législateur ne s'est pas donné la peine de la prévoir. C'est pourquoi nous repoussons, bien qu'il nous paraisse plus logique que les autres, le moyen proposé par Demante (3) et qui n'est d'ailleurs donné que comme un pis-aller : l'autorisation de justice est suffisante pour habilitier la femme, mais les engagements de cette dernière n'obligeront le mari que s'il a lui-même été autorisé selon l'article 2 du Code de commerce.

En définitive, il n'est pas, à notre avis, de circonstances qui puissent motiver une exception à la règle que le mari seul peut autoriser sa femme à faire le commerce. Un consentement ne peut ni être corrigé, ni remplacé, ni complété, et la jurisprudence

(1) ORILLARD, n° 167. — VAZEILLE, t. 2, n° 331.

(2) LYON-CAEN et RENAULT, *Traité de Dr. comm.*, t. I, n° 247.

(3) DEMANTE, *Cours analyt. de Dr. civ.*, t. I, n° 302 bis, § V.

a outrepassé ses droits toutes les fois qu'elle a investi une femme mariée du pouvoir de devenir marchande publique.

4. *Révocation de l'autorisation.* — Mais si le juge ne peut autoriser, ne peut-il pas, du moins, intervenir dans le cas où le mari, après avoir donné son autorisation, la révoque arbitrairement? La question est des plus intéressantes : le mari, en retirant à un moment inopportun son consentement, peut amener dans la fortune de sa femme les pires catastrophes. Le commerce comprend très souvent des actes de spéculation basés sur des prévisions de hausse ; d'énormes sacrifices sont faits parfois pour emmagasiner des marchandises que l'on sait pouvoir vendre, à un moment donné, avec de gros bénéfices ; si la vente est anticipée, il peut en résulter de lourdes pertes et peut-être la ruine pour le commerçant. En second lieu, une liquidation, pour ne pas être désastreuse, demande à être faite, non seulement au moment voulu, mais dans des conditions données. Trop rapide, elle oblige à des opérations détestables : vente à bas prix, résiliation des baux, etc. Le mari pourra-t-il, de par sa seule volonté, entraîner la femme à de telles conséquences? Ne savait-il pas, d'ailleurs, au moment où il a consenti, que le commerce était un composé de spéculations à longue échéance, et ne s'est-il pas engagé, en consentant, à ne révoquer ce consentement que pour des causes justes et au moment favorable? Enfin, une telle révocation, inopportune et sans raison, ne constitue-t-elle pas un abus de la puissance maritale que le juge peut réprimer?

Pour tous ces motifs, la jurisprudence et la doctrine permettent généralement à la femme mariée commerçante le recours à justice lorsque le mari révoque arbitrairement l'autorisation donnée. On se base encore sur l'esprit prétendu de la loi tel qu'il résulte des travaux préparatoires : il a été en effet déclaré, à plusieurs reprises et sans opposition, que si le mari voulait faire quitter le commerce à sa femme, la justice en déciderait (1). Regnaud de Saint-Jean d'Angély avait même proposé un article qui ne fut pas contredit et qui était ainsi conçu : « Le mari peut

(1) Locré, Législ. de la France, t. XVII, p. 432.

en tout temps faire cesser le commerce de sa femme, sauf à elle à réclamer devant les tribunaux pour se faire autoriser, s'il y a lieu, à le continuer » (1). Quoiqu'on ait oublié d'insérer cet article dans le Code, il reste, dit-on, la véritable pensée du législateur.

Toutes ces raisons ne nous semblent pas convaincantes ; il est dangereux, parfois, d'aller chercher au delà des textes la pensée du législateur. Cette pensée se modifie, s'altère ou disparaît souvent au fur et à mesure de la rédaction définitive. Des difficultés qui surgissent font qu'on laisse dormir en paix l'article qui avait réuni à l'origine tous les suffrages ; nous appartient-il de donner à ces ébauches de loi une existence qu'elles n'ont jamais eue ? Nous ne le croyons pas. Qui nous affirme, d'ailleurs, que la règle en question n'a pas été volontairement laissée de côté ? Il y avait bien des motifs pour cela. Pour la rendre possible il aurait fallu en prévoir les suites, en déterminer les conséquences. Car enfin, lorsque la femme sera autorisée judiciairement à continuer le commerce, elle pourra obliger son mari par ses engagements, si les époux sont mariés sous un régime de communauté. Il n'est pas possible d'éviter ce résultat et il est clair qu'il n'a jamais été voulu par les auteurs du Code. Jamais on ne nous persuadera que le législateur a permis que le mari pût, contre sa volonté et par la seule force de l'autorité judiciaire, éprouver un dommage des engagements commerciaux de sa femme. C'est dans cette idée, à notre avis, qu'il faut chercher l'intention du législateur et non dans des propos émis au cours des séances et qui n'ont été le sujet d'aucune préparation spéciale, d'aucune discussion et d'aucun vote. Pour remédier à l'inconvénient que nous venons de signaler, certains auteurs ne permettent à la femme d'attaquer en justice la révocation de consentement que dans les cas où les époux sont séparés de biens (2). Cette solution répond aux nécessités de la pratique ; elle empêche qu'un mari ne nuise à

(1) LOCRÉ, *Op. cit.*, t. XVII, p. 133-137.

(2) MOLINIER, t. 1, n° 169. — PARDESSUS, t. 1, n° 64. — Trib. com. Seine, 3 nov. 1843 ; Journ. *Le Droit*, 18 nov.

sa femme par esprit de vengeance après la séparation judiciaire et, d'autre part, les engagements de la femme restent étrangers au mari. Mais cette distinction entre les régimes ne se justifie légalement par aucun texte ; nous devons donc en bloc admettre ou refuser l'intervention judiciaire ; car, à défaut de l'argument tiré des travaux préparatoires et dont nous avons essayé de montrer la faiblesse, le recours à justice se justifie difficilement. L'article 4 du Code de commerce déclare que la femme ne peut pas être marchande publique sans le consentement de son mari. Il est clair que, lorsque ce consentement cesse, la femme ne *peut plus* être marchande publique. Il faut remarquer que la loi ne parle pas d'autorisation, mais de *consentement* ; qu'elle dit « *ne peut être* » au lieu de « *devenir* » et qu'il ne peut pas s'agir seulement de consentement initial.

On a dit que cette révocation pourrait constituer un abus de la puissance maritale ; or, « quelque étendue que soit l'autorité du mari, elle reste soumise au contrôle des tribunaux auxquels la femme peut s'adresser pour réprimer les actes d'oppression que son époux exercerait à son égard » (1). Mais cet abus de puissance ne peut exister que si le mari viole une liberté légale de la femme ; or, la faculté qu'elle a d'être commerçante lui vient de son mari qui la lui a accordée parce qu'il le voulait bien et qui la lui retire parce que sa volonté a changé. C'est là la conception du Code Napoléon, quelque fausse qu'elle soit au point de vue philosophique : il est difficile de voir un abus dans le retrait d'un consentement volontairement donné et que personne ne pouvait le forcer à donner. Car, pour admettre le recours à justice en cas de révocation d'autorisation, il aurait fallu, logiquement, l'admettre en cas de refus de cette même autorisation.

On a dit encore que le mari, en consentant, savait que le commerce offre beaucoup de dangers à être interrompu à une époque non favorable et que, par conséquent, il avait accepté de ne révoquer son autorisation qu'en des moments opportuns, en

(1) AUBRY et RAU, t. V, § 471, p. 134.

tenant compte des nécessités pratiques. Cette objection tombe parce qu'elle ne pourrait pas s'appliquer au consentement tacite.

Enfin aux arguments moraux tirés de l'injustice possible de cette révocation et de ses dangers nous répondrons que, dans les travaux préparatoires, on a admis *qu'aucune considération* ne pouvait empêcher le mari de retirer le consentement donné, et nous dirons que cette pensée est bien la véritable expression du système général qui régit en France la femme mariée commerçante.

II. — DE LA CAPACITÉ PROPREMENT DITE DE LA FEMME MARIÉE COMMERÇANTE

Lorsque le mari a consenti à ce que sa femme devienne marchande publique, cette dernière se trouve, par cela même, autorisée à faire seule la plupart des actes qui résultent de son commerce. Elle peut s'obliger; elle peut engager, hypothéquer, aliéner ses immeubles pour les besoins de son négoce (art. 5 et 7 C. com.). Mais à cette capacité le législateur a apporté certaines restrictions; la femme est quelquefois incapable relativement à ses immeubles et, en second lieu, il lui est interdit d'ester en justice sans autorisation spéciale.

1. *Disposition des immeubles.* — La femme ne peut pas disposer de ses immeubles, d'abord lorsqu'elle est mineure. Dans ce cas, elle ne peut pas les aliéner, sans avoir obtenu une autorisation du conseil de famille homologuée par justice, ainsi que le prescrivent l'article 6 du Code de commerce et les articles 457 et suivants du Code civil. Mais elle peut valablement les engager, c'est-à-dire les donner en antichrèse et les hypothéquer, ce qui constitue une curieuse dérogation à l'article 2124 C. civ.

D'autre part, la femme, même majeure, ne peut disposer de ses biens dotaux que dans les cas déterminés et avec les formes réglées par la loi (art. 7 C. com., art. 1534 et suiv. C. civ.). Elle ne peut ni les aliéner, ni les hypothéquer. La femme dotale

conserve donc son incapacité spéciale : il en résulte que, même autorisée de son mari, elle ne pourra pas faire le commerce, à moins qu'elle n'ait des parapherinaux ou qu'elle n'ait réussi à trouver des capitaux d'emprunt. Cette hypothèse se réalisera difficilement, vu le peu de garantie offert par la femme, à moins que le mari lui-même ne lui consente une tradition de valeurs suffisantes.

Cette conséquence de l'article 7 du Code de commerce a beaucoup préoccupé le législateur. La section de l'Intérieur avait proposé un article par lequel on donnait à la femme le droit de disposer de ses biens dotaux. Cet article fut repoussé après ample discussion, parce qu'il violait le principe de l'immutabilité des conventions matrimoniales. Cependant, l'aliénation des biens dotaux pouvait résulter indirectement du commerce : la femme, contrainte par corps pour n'avoir pas rempli ses engagements, avait alors la faculté d'aliéner ses biens dotaux pour être tirée de prison (art. 1558 C. civ.). Cette anomalie a disparu depuis la loi du 22 juillet 1867 qui a supprimé la contrainte par corps en matière civile et commerciale.

2. *Droit d'ester en justice.* — Le consentement général de faire le commerce ne permet pas à la femme d'ester en justice ; elle doit obtenir, soit de son mari, soit des tribunaux, une autorisation spéciale (art. 215 C. civ.). Cette règle se justifie difficilement. On a dit qu'il ne serait pas convenable que la femme affrontât un débat public sans consulter son mari (1), d'autant plus qu'il n'y a pas urgence ; on a dit aussi que le procès est un acte dangereux qui peut compromettre la fortune de la femme à raison des frais qu'il entraîne (2), mais il faut reconnaître que ce ne sont pas là des raisons bien sérieuses : les procès sont parfois très urgents, surtout en matière commerciale ; il n'y a rien d'inconvenant à ce qu'une femme assiste à une audience, où d'ailleurs elle peut se faire facilement représenter, et enfin un procès n'est pas plus dangereux qu'un acte

(1) BRAVARD et DEMANGEAT, t. I, p. 100.

(2) LAURENT, t. III, n° 102.

de spéculation commerciale (1). Quoi qu'il en soit, la loi est formelle et il est impossible d'expliquer un arrêt de la Cour d'Aix du 9 janvier 1866 (D., 67. 5. 33) qui permet à la femme d'intenter, en vertu de la seule autorisation d'exercer le commerce, toutes les actions relatives à son négoce.

L'autorisation doit être spéciale (art. 223 C. civ.); mais en quoi consiste ici la spécialité? Est-il nécessaire que l'autorisation porte sur une seule instance et qu'elle en spécifie l'objet? Sera-t-elle considérée comme spéciale si elle porte sur les instances futures relatives à une seule et même opération? Une ancienne jurisprudence interprétait d'une manière rigoureuse l'article 223 et exigeait la spécialité de l'instance et la spécialité de l'objet. Une jurisprudence plus récente a adouci cette règle, en exigeant seulement que toutes les instances fussent relatives à la même opération. C'est ainsi qu'un arrêt de la Cour de cassation du 10 novembre 1862 (D., 63, 1. 242) décida que l'autorisation donnée par avance à une femme mariée de plaider sur toutes les instances relatives à une acquisition d'immeubles qu'elle est autorisée à faire par le même acte est valable parce que, « malgré l'apparente généralité des termes, elle est restreinte à une seule et même affaire ». Une telle décision nous semble très critiquable. Si le législateur a exigé la spécialité de l'autorisation, c'est qu'il a voulu que le mari pût s'assurer de l'utilité et des chances de succès de chaque action intentée par la femme. Or une seule opération peut être une source de procès nombreux et impossibles à prévoir et la femme se trouve ainsi dépourvue de la protection que la loi a voulu lui assurer. La jurisprudence ne semble pourtant pas avoir varié sur ce point, bien qu'on ait voulu tirer des conclusions contraires d'un arrêt de la Cour de cassation du 30 janvier 1877 (D., 77. 1. 348) qui, à la vérité, ne s'explique pas sur ce sujet.

On s'est aussi demandé si la femme autorisée à plaider pou-

(1) Ce droit lui était d'ailleurs accordé par certaines vieilles institutions et coutumes.

V^o *Ass. de Jérusalem*, Cour des Bourgeois, ch. 131 et 132. — BEUGNOT, II, 90. — BEAUMANOIR, XLIII, 28. — Cout. de Dourdan, tit. VI, art. 80. — Cout. de Mantes, art. 125.

vait suivre, en vertu de la même autorisation, tous les degrés de juridiction. Il semble qu'il faille répondre non; mais la jurisprudence a fait ici plusieurs distinctions: si la femme a perdu son procès, une nouvelle autorisation est nécessaire pour qu'elle puisse appeler du jugement qui la condamne (1); il en serait de même si elle avait obtenu gain de cause, étant défenderesse, pour défendre de nouveau en appel. Mais si, demanderesse, ayant gagné son procès en première instance, elle est assignée en appel par son adversaire, elle pourra le suivre en vertu de la première autorisation (2).

Demolombe allait plus loin et voulait que la même autorisation fût suffisante dans tous les cas pour aller devant tous les degrés de juridiction, parce que les juges changent, mais l'instance est la même: « Ce sont toujours, a dit la Cour de Bourges, les mêmes droits à défendre et les mêmes questions à juger » (3).

La critique détaillée de ces opinions nous entraînerait trop au dehors de notre sujet: il nous suffira de dire qu'à notre avis l'instance en appel diffère sensiblement de l'instance devant les premiers juges, et par les frais et par les chances de succès. Ce sont des motifs suffisants pour qu'une nouvelle autorisation soit exigée. A plus forte raison le sera-t-elle pour le recours en cassation et les voies extraordinaires (4).

Pour être autorisée à plaider, la femme suivra les formes ordinaires (art. 218 C. civ., 861 C. pr.). Demanderesse, elle devra avoir obtenu l'autorisation de son mari ou de justice. Défenderesse, elle sera assignée conjointement avec son mari. Si ce dernier ne comparait pas, elle sera autorisée par le Tribunal de commerce, qui en a le pouvoir, d'après un arrêt de 1813 (5) qui n'a pas été contredit. Cette solution, très commode dans la pratique, ne peut pas se justifier légalement, car le droit de donner à une personne une certaine capacité n'appartient qu'au Tribunal civil.

(1) Cass., 22 janv. 1879. D., 79. 1. 121.

(2) Cass., 25 févr. 1879. D., 79. 1. 138.

(3) DEMOLOMBE, Du mariage, t. II, § 287.

(4) Pour la critique plus détaillée des systèmes de la jurisprudence et de l'opinion de Demolombe, V^e LAURENT, t. III, § 149.

(5) Cass., 17 août 1813. SIREY, Table alph. 1800-1820, 84. 22.

Si la femme ne peut pas seule ester en justice, elle peut, sans autorisation, accomplir les actes extra-judiciaires qui ne constituent pas une instance, bien qu'ils puissent y conduire. C'est ainsi qu'elle peut faire des protêts de tout ordre, des ajournements, des sommations, des saisies conservatoires ; elle peut produire dans une faillite, etc.

En dehors des restrictions apportées expressément par la loi à la capacité de la femme mariée commerçante, il nous reste à nous demander si elle peut faire tous les actes résultant de son négoce et quels sont les actes qui peuvent être réputés faits pour le besoin de son commerce. La question se pose pour le compromis, la transaction, la société et le cautionnement.

3. *Compromis*. — La femme mariée commerçante peut-elle compromettre sans autorisation ? Il semblerait qu'il faille répondre oui, en se basant sur l'article 1003 du Code de Procédure qui s'exprime ainsi : « Toutes personnes peuvent compromettre sur les droits dont elles ont la libre disposition ». La femme commerçante peut disposer de ses biens meubles et immeubles : donc elle peut compromettre. Et cependant cette solution n'est pas admissible ; le compromis n'est pas, au sens littéral, un procès, mais c'est un acte plus grave et plus dangereux encore qu'un procès. D'ailleurs, en fait, compromettre, c'est-à-dire remettre à des arbitres la décision du point contesté, n'est-ce pas plaider ? En second lieu, l'article 1004 du Code de Procédure défend de compromettre sur aucune des contestations qui seraient sujettes à communication au ministère public. Or, selon l'article 83 (7°) du même Code, les causes des femmes non autorisées par leur mari doivent être communiquées. Cet article est péremptoire. En vain répondrait-on que, devant les Tribunaux de commerce, il n'y a pas de ministère public : l'absence de cette magistrature laisse intacte la règle générale qui interdit à la femme mariée le compromis ; et il n'y a pas de raison pour y faire exception en faveur de la femme commerçante.

4. *Transaction*. — Si cette dernière ne peut pas compromettre, peut-elle du moins transiger ? Nous avons en faveur de la transaction un argument semblable à celui fourni pour le

compromis. Il nous vient de l'article 2045 du Code civil qui est ainsi rédigé : « Pour transiger il faut avoir la capacité de disposer des objets compris dans la transaction ». Aussi est-il admis sans difficulté que la transaction est permise à la femme en vertu de son droit général de faire le commerce. Cette solution ne se discute pas ; mais quel singulier système ! La transaction, lorsque l'instance est avancée, est peut-être l'opération la plus dangereuse qu'il soit possible à la femme mariée de faire. Effrayée par un résultat qui lui semble indécis et qui ne ferait pas de doute pour un jurisconsulte, elle renonce à des droits qu'on peut, peut-être, considérer comme acquis. La loi a pris ses précautions pour que les incapables n'aient pas à en souffrir. Elle exige, pour le mineur, l'autorisation du conseil de famille, l'homologation de justice et l'avis de trois jurisconsultes, c'est-à-dire un ensemble extraordinaire de formalités. Il n'en faut pas tant pour que le tuteur puisse intentar les actions de son pupille. Ici, c'est le contraire : il est défendu à la femme de plaider, mais il lui est permis de transiger. Si l'autorisation maritale a un rôle de protection pour la femme, pourquoi n'est-elle pas nécessaire dans cette hypothèse ? Si elle n'a pas été créée dans un but de protection, pourquoi est-elle exigée lorsque la femme veut plaider ou compromettre ?

3. *Société.* — On s'est demandé si la femme mariée, autorisée d'une façon générale à faire le commerce, pouvait, en vertu de cette autorisation, contracter une société commerciale.

Avant d'exposer cette question, il faut distinguer les cas où la femme sera tenue seulement jusqu'à concurrence de son apport et ceux où elle sera tenue personnellement. Dans les premiers, le fait d'entrer dans la société n'entraînera pas pour la femme la qualité de commerçante, alors que cette qualité lui appartiendra nécessairement dans les seconds.

Il est de toute évidence, pour la première hypothèse, que si la femme commerçante veut acheter des coupons de société par action ou se rendre commanditaire dans une société en commandite simple, cette faculté lui sera refusée d'une manière générale, de tels actes ne constituant pas l'exercice du commerce,

à moins que la femme ne justifie qu'ils découlent naturellement de son négoce.

Dans la seconde hypothèse, au contraire, si la femme veut devenir associée en nom collectif ou se faire commanditer, elle peut soutenir qu'autorisée sans restrictions à devenir marchande publique, elle a le droit d'exercer le commerce en toute liberté.

Elle a raison, à notre avis, si elle veut constituer une société en commandite où elle serait seule commanditée et seule gérante : une telle société ne serait qu'une sorte d'emprunt, acte qui lui est permis par les dispositions générales de l'article 5 du Code de commerce.

En revanche, elle ne pourrait pas entrer, sans autorisation spéciale, dans une société en nom collectif, avec ou sans commanditaires. Ici, les conditions sont changées. Dans l'exemple précédent, elle exploitait personnellement le fonds social et elle était protégée par la défense formelle faite aux commanditaires de s'immiscer dans la gestion. Dans la société en nom collectif, au contraire, elle exploite en commun et les engagements pris par ses coassociés l'obligent, comme si elle les avait pris elle-même. Elle ne peut s'obliger, d'après l'article 5 (C. com.), que pour ce qui concerne *son* négoce ; or, ici, le négoce n'est plus rien, puisqu'il est commun.

Il faut d'ailleurs tenir compte de l'intention probable du mari lorsqu'il a autorisé sa femme et ne pas oublier qu'il peut supporter les conséquences des actes passés par cette dernière. Dans ces conditions, il est peu vraisemblable qu'il ait voulu se rendre responsable, d'une manière générale, des engagements contractés par tous les associés qu'il plaira à sa femme d'avoir dans l'avenir. De toutes façons, comme les termes d'une autorisation pure et simple n'impliquent pas nécessairement une telle intention, on ne peut la présumer.

Il nous suffit de ces arguments pour affirmer, avec la doctrine et la jurisprudence presque toutes entières, que la femme ne peut pas, en vertu d'une autorisation générale de faire le commerce, contracter une société commerciale, sauf l'exception possible que nous avons citée plus haut. Nous n'ajouterons pas

les raisons de convenance qu'ont invoquées en plus certains auteurs ; elles constitueraient un argument de piètre valeur qui s'effondrerait même complètement, dans le cas où la femme s'associerait avec des personnes de son sexe.

Les objections exposées plus haut ne s'appliquant plus à cette hypothèse, on a pu se demander si la femme pouvait contracter une association commerciale avec son mari. Nous touchons ici à la question délicate des contrats entre époux, dont la complexité et l'étendue nous entraîneraient loin en dehors des limites de notre sujet. Nous nous bornerons à dire que, sans exceptions, un tel contrat de société ne peut pas être valable, et ceci pour trois raisons :

Tout d'abord, une société, par le fait même de son existence, modifierait nécessairement les rapports d'autorité et de subordination qui existent entre les époux, en vertu de l'article 213 du Code civil. Comme la femme aurait un droit de contrôle, le mari se trouverait avoir renoncé à une partie de son autorité ; or nous savons que cette faculté lui est interdite (art. 1388 C. civ.).

En second lieu, les droits de chacun des époux sont déterminés au jour du mariage par le contrat de mariage et, s'il n'en a pas été fait, par la loi, qui a organisé dans ce but la communauté légale. Or, il est interdit de modifier ce régime initial (art. 1395 C. civ.) ; c'est là le principe de l'immutabilité des conventions matrimoniales. Il est facile de démontrer que ce principe est incompatible avec l'établissement d'une société. En effet, les droits des époux sont fixés, tant au point de vue de l'administration et de la disposition des biens qu'au point de vue de leur répartition définitive. Quant à l'administration, on répond que le mari peut donner mandat à sa femme de le remplacer, mais la situation est bien différente : le mandat est un acte révocable, la société ne l'est pas. D'autre part, dans le mandat, la femme représente le mari ; dans la société, elle agirait en son nom personnel. Quant à la répartition définitive, on peut objecter que les époux ont le droit de se consentir des avantages par donation, ce qui est bien plus grave. Mais nous répondrons que les donations sont soumises à des formes spéciales et ne

peuvent pas être déguisées (art. 1099 C. civ.). Or, de deux choses l'une : ou la société sera calquée sur le régime matrimonial et elle sera inutile, d'autant plus qu'elle aura beaucoup de chances d'être léonine et par conséquent nulle (art. 1833 C. civ.), ou la société, au contraire, modifiera le régime à l'avantage d'un des époux, ce qui constituera une donation déguisée, et ce sera une raison de plus pour qu'elle ne soit pas valable.

En cas de séparation de biens judiciaire, le régime n'est pas immuable, mais notre argumentation n'en subsiste pas moins, grâce à l'article 1451 du Code civil, qui interdit « toute convention par laquelle les époux rétabliraient leur communauté sous des conditions différentes de celles qui la réglaient antérieurement. »

Enfin un troisième argument est tiré des articles 5 du Code de commerce et 220 du Code civil, qui exigent, pour que la femme soit réputée marchande publique, qu'elle fasse un commerce séparé. Il est bien évident qu'une telle condition lui fera défaut si elle s'associe avec son mari.

La solution que nous venons d'exposer, et qui avait été discutée par quelques auteurs (1), ne fait guère plus de doute à l'heure actuelle (2). Elle a été admise par une nombreuse jurisprudence qu'un arrêt de la Cour de cassation du 7 mars 1888, précité, a résumée et condensée dans les considérants suivants : « Attendu qu'il résulte de ces principes que toute société existant entre époux, même séparés de biens judiciairement, conférerait à chacun de ses membres une égalité de droits incompatible avec l'exercice de la puissance maritale et modifierait les rapports d'intérêts existant entre eux, contrairement à la règle de l'immutabilité des conventions matrimoniales ; qu'il suit de là que de telles associations qui n'ont pu légalement se former doivent être considérées comme non avenues. »

(1) DURANTON, t. XVII, n° 347. — DELSOL, *Rev. prat.*, t. 1^{re}, p. 433. — TROPLONG, *Contrat de mariage*, t. 1^{re}, n° 209. — PONT, *Tr. des sociétés*, t. 1^{re}, n°s 36 et suiv. — LAURENT, *Principes de Dr. civ.*, t. 26, n° 140, p. 143.

(2) Cass., 9 août 1831. D., 52. 1. 160. — Paris, 24 mars 1870. D., 72. 2. 43. — Cass., 7 mars 1888. D., 88. 1. 402. — Cass., 8 décembre 1891. D., 92. 1. 117. — Cass., 27 juin 1893. D., 93. 1. 488.

Nos adversaires prétendent que la société n'est pas interdite en principe et qu'elle ne peut être déclarée nulle que si elle se trouve en fait en opposition avec une prescription du Code. C'est ce que soutient M. Labbé dans une note insérée sous un arrêt de la Cour de cassation du 6 février 1888 (1) : « La société, même en nom collectif, dit-il, est permise entre époux ; aucun texte ne la défend ; les tribunaux ne peuvent annuler une telle société que s'ils y aperçoivent et y font apercevoir, par des indices spéciaux, une dérogation *volontaire et dissimulée*, soit à l'article 1393, soit à un autre article impératif du Code civil ». Nous croyons avoir démontré qu'une telle société ne peut pas ne pas être en opposition formelle avec la loi. Mais M. Labbé exige que la dérogation soit « volontaire et dissimulée » pour que l'association soit nulle. Par conséquent, les époux pourraient déroger aux règles fondamentales qui régissent la puissance maritale et les régimes matrimoniaux, c'est-à-dire violer des dispositions d'ordre public, sous la seule condition d'être de bonne foi. Il nous est permis de nous demander sur quoi repose une semblable théorie (2).

6. *Cautionnement*. — En principe, le cautionnement n'est pas un acte commercial, mais il se peut qu'il résulte de l'exercice du commerce. Ce sera donc une question de fait à apprécier par les tribunaux que de savoir si la femme, en se portant caution, a agi pour les besoins de son négoce (3). On peut imaginer, par exemple, l'hypothèse où la femme éviterait de cette façon une faillite à un de ses débiteurs en la mettant à hauteur de ses affaires dans l'espoir de toucher une forte créance. Il est évident que, ce faisant, elle n'excéderait pas les bornes de son autorisation.

7. *Domicile*. — Il faut rattacher à l'étude de la capacité de la

(1) S., 90. 1. 49.

(2) Pour plus de détails sur cette question voir GUILLOUARD, Tr. du contr. de mar., t. I, p. 208, n° 229. — Tr. du contr. de société, p. 39, n° 35. — LANCE, Essai sur les contrats à titre onéreux entre époux, p. 113 et suiv. — CAMBERLIN (*La Loi*, mars 1884), De l'illégalité des sociétés comm. entre mari et femme ; leur danger pour le commerce. — PLANIOL, *Rev. crit. de législ.*, 1888, p. 275 et suiv.

(3) Cf. DURANTON, t. 2, n° 479. — *Contra* : DEMOLOMBE, Mariage, t. II, n° 298,

femme mariée commerçante la question de savoir si cette dernière peut avoir un domicile distinct de celui de son mari. Cette question présente un grand intérêt, et au point de vue de la communication des actes extra-judiciaires, et au point de vue de la compétence des tribunaux de commerce. Elle ne se pose pas toujours en matière de procès ordinaires ; on peut toujours éviter de la voir se poser, puisque l'article 420 du Code de procédure donne le pouvoir de juger à plusieurs tribunaux. D'autre part, il est permis à la femme commerçante de faire élection de domicile et on pourrait peut-être admettre qu'elle a fait cette élection d'une manière générale (1). Mais la question de savoir quel est le véritable domicile de la femme commerçante est très importante, en ce qui concerne la faillite et la liquidation judiciaire ; dans ces cas-là, en effet, la loi donne exclusivement compétence au tribunal du domicile du commerçant failli ou déclaré en liquidation.

La solution la plus naturelle est celle qui découle de l'article 108 du Code civil et de sa disposition impérative : « La femme, déclare-t-il, n'a point d'autre domicile que celui de son mari ». Cette règle est confirmée par les articles 214 et 1388 du même Code, et il semble difficile de lui apporter des dérogations ou des atténuations. C'est pourquoi beaucoup d'auteurs déjà anciens l'admettaient sans difficulté (2). Il est probable qu'elle serait restée toute-puissante et que personne n'aurait cherché à l'interpréter, c'est-à-dire à tirer d'un article précis une doctrine confuse, si elle n'avait conduit à d'invraisemblables résultats. S'imaginait-on que la faillite d'une femme exerçant le commerce à Bordeaux puisse être déclarée à Lille, sous le prétexte que dans cette dernière ville se trouve le domicile du mari ? Une telle conséquence ne se conçoit guère au point de vue pratique ; le tribunal du lieu où la femme exerçait le commerce est le seul bien placé pour statuer en la matière ; c'est là, en effet, que se trouvent les livres, les marchandises, souvent aussi une grande

(1) Cass., 20 mai 1806 et 4^{re} mai 1823. D., Rép. V^o Domicile, n^{os} 59 et 68.

(2) MERLIN, Rép. V^o Domicile, n^o 5. — LOCRÉ, Esprit du Code civil sous l'art. 108.

partie des créanciers; c'est là enfin qu'ont été faits la plupart des actes de commerce.

Il fallait donc concilier deux choses contradictoires, en l'espèce, la loi et une théorie susceptible de satisfaire aux nécessités de la pratique. C'est ce qu'a tenté M. Esmein, dans une note remarquable insérée dans Dalloz sous un arrêt de la Cour de cassation du 12 juin 1883 (D., 83. 1. 283).

Le savant auteur commence par montrer que l'article 108 du Code civil est moins absolu qu'il ne le paraît et que, de tout temps, on a été amené à y déroger. C'est ainsi qu'en cas de séparation de corps, avant la loi du 6 février 1893, le Code accordait bien à la femme le droit de se choisir une résidence séparée, mais ne parlait pas du domicile (1). Fallait-il en conclure que la femme, tout en ayant une demeure distincte, conservait le domicile de son mari, ne pouvant légalement en avoir un autre? La majorité des auteurs et la jurisprudence déclarèrent que cette résidence était un véritable domicile. Ce fut la première brèche au principe, elle devait en entraîner plusieurs autres. « Dès qu'on reconnaissait qu'une exception pouvait être apportée dans l'application de l'article 108, malgré sa disposition » générale et absolue, en combinant cet article avec la lettre et » l'esprit d'autres textes de nos lois, il allait forcément en » résulter que la discussion devint possible toutes les fois qu'une » conciliation paraissait nécessaire entre l'article 108 et des » situations juridiques créées par d'autres dispositions et qui » semblaient s'opposer à son application rigoureuse. »

C'est ainsi que la femme a été autorisée à avoir un domicile particulier pendant l'instance en séparation de corps (2), en cas d'interdiction de son mari (3), quand ce dernier est vagabond ou quand il se fait naturaliser à l'étranger (4). C'est ainsi enfin qu'on est arrivé à reconnaître à la femme commerçante le droit d'avoir un domicile distinct.

(1) Cette omission a été réparée par la loi du 6 février 1893, qui a ajouté à l'article 108 un alinéa ainsi conçu : la femme séparée de corps cesse d'avoir pour domicile légal le domicile de son mari.

(2) Nîmes, 13 août 1844. D., Rép. V^e Domicile, n^o 78.

(3) *Contra* : DEMOLOMBE, t. I, n^o 363.

(4) Douai, 3 août 1838. D., 38. 2. 218.

Et cette solution se justifie, d'après M. Esmein, par ce fait que le Code de commerce permet à la femme d'exercer un commerce séparé, c'est-à-dire d'avoir, en dehors du domicile conjugal, un établissement commercial ; or, un tel établissement n'est rien sans domicile commercial, sans domicile « d'opérations et de fonctionnement ». Mais ce n'est qu'une sorte de domicile de fait par opposition au domicile de droit, un domicile spécial à côté du domicile général, selon la distinction de MM. Aubry et Rau.

C'est en se basant sur des motifs semblables que la Cour de cassation, dans l'arrêt du 12 juin 1883 précité, avait reconnu qu'une femme pouvait, pour l'exercice de son commerce, avoir un domicile distinct de celui de son mari et que ce domicile était le lieu où elle avait son principal établissement, conformément à l'article 102 du Code civil.

Cette solution, quelque raisonnable qu'elle soit, ne peut pas se concilier avec le texte de la loi et les raisons données dans ce but semblent d'une grande faiblesse. L'argumentation des partisans du domicile séparé se résume dans cette théorie de MM. Aubry et Rau : on n'a qu'un domicile général, mais on peut avoir plusieurs domiciles spéciaux ; c'est ainsi que la femme aurait, pour son commerce, un domicile spécial, mais, pour tous les autres actes, elle conserverait le domicile de son mari ; en un mot, une même personne pourrait avoir plusieurs domiciles. Or, l'unité de domicile a été formellement voulue par le législateur. La définition même du domicile donnée par l'article 102 exclue toute idée de pluralité ; c'est le lieu où une personne a son principal établissement, et il est évident qu'un seul lieu peut remplir cette condition. D'autre part, toutes les fois que le Code parle du domicile d'une personne, que ce soit en matière de tutelle, de succession, de compétence, de faillite, etc., il suppose toujours que le domicile est unique. Cette même unité a été clairement affirmée pendant les travaux préparatoires, au Conseil d'État par Tronchet, au Tribunat par Malherbe, de telle sorte qu'il est impossible de douter. Dans ces conditions, si la femme a nécessairement le domicile de son

mari, comment pourra-t-elle avoir, par le fait même qu'elle sera autorisée à faire le commerce, un autre domicile ? Il n'est pas suffisant de le qualifier de spécial pour le légitimer, surtout lorsqu'il est si formellement exclu par l'article 108 du Code civil qui affirme que cet autre domicile ne peut pas exister.

Nous pouvons encore tirer argument de ce fait que, lorsque le législateur a jugé utiles des domiciles spéciaux, il s'est donné la peine de les créer par des lois spéciales. C'eût été superflu si l'existence de tels domiciles eût été la conséquence naturelle de la loi (1).

Pour toutes ces raisons, nous soutenons que le système de la jurisprudence n'est pas l'application de la loi ; que l'article 108 du Code civil conserve ici même sa pleine application ; que la femme ne saurait avoir comme domicile que celui de son mari, et que le lieu où elle a un établissement commercial ne constitue pour elle qu'une résidence sans effets juridiques.

III. — APERÇU SOMMAIRE DES EFFETS¹ DES OBLIGATIONS COMMERCIALES DE LA FEMME A L'ÉGARD DU MARI

Pour démontrer que la justice est incapable d'autoriser la femme mariée à devenir marchande publique, nous avons tiré argument de ce que le mari pourrait ainsi se trouver, sans qu'il y ait consenti, être obligé par les engagements de sa femme. Une telle conséquence avait tant d'importance et était si contraire à la thèse de l'intervention judiciaire qu'elle fut discutée (2). On prétendit que le mari ne pouvait pas être responsable des actes accomplis par sa femme sans son consentement et que le commerce ne faisait pas exception à ce principe. Cette règle générale résulte directement des articles 1409 (2^o) du Code civil et 1426 du même Code. Ce dernier texte, en effet, s'exprime ainsi : « Les actes faits par la femme sans le consentement du mari et

(1) C'est ainsi qu'une loi du 25 mars 1873 et un Décret du 18 janvier 1893 ont accordé à certains déportés et transportés un domicile spécial dans le lieu où ils subissent leur peine alors qu'ils conservent leur domicile principal en France.

(2) LYON-CAEN, *Op. cit.*, t. I, n° 258, p. 271.

même avec l'autorisation de justice n'engagent point les biens de la communauté... »

Mais il suffit de lire la fin de ce même article pour s'apercevoir de l'inanité de l'objection « ...Si ce n'est, ajoute-t-il, lorsqu'elle contracte comme marchande publique et pour le fait de son commerce ». En vain soutiendrait-on que cette exception s'applique seulement au cas où la femme aurait été initialement autorisée par son mari. La loi ne fait pas ces distinctions : la femme oblige, même malgré lui, son mari, à partir du jour où elle est commerçante ; peu importe comment elle a pu le devenir, que ce soit en vertu du consentement exigé par l'article 4 du Code de commerce, ou que ce soit, pour ceux qui admettent ce mode d'habilitation, en vertu d'une décision du Tribunal.

Ce point établi, il n'est pas inutile d'étudier rapidement les effets des obligations de la femme, sans nous permettre d'entrer dans un détail trop compliqué et trop délicat qui excéderait les limites de cet ouvrage et qui nous entraînerait pour le surplus trop loin de notre question. Ces effets varient selon les régimes matrimoniaux, que nous diviserons en régime de communauté, régime sans communauté, régime dotal, séparation de biens.

1. *Communauté*. — En principe, le mari ne devrait pas être tenu sur ses biens personnels des engagements de sa femme, en vertu de l'axiome « qui auctor est non se obligat ». Une exception est apportée à cette règle générale, lorsque les époux sont mariés sous le régime de communauté, par les articles 220 du Code civil et 5 du Code de commerce. Ces textes ne font d'ailleurs que mentionner une application particulière du droit commun qui veut que le mari soit tenu de tous les engagements dont est tenue la communauté (art. 1419 C. civ.). A ce système un peu étrange on a proposé deux explications assez spécieuses : les uns prétendent que la responsabilité du mari résulte de la confusion qui règne entre son patrimoine et les biens communs, de telle sorte qu'après la dissolution de la communauté il ne serait plus tenu que pour moitié. Les autres, et c'est l'opinion généralement admise, soutiennent que le mari est

tenu d'une véritable obligation personnelle et qu'on a rendu ce dernier responsable, pour qu'il ne puisse pas se décharger des engagements de la communauté en les faisant contracter par sa femme. En conséquence, il resterait tenu sur ses biens même après la dissolution de la communauté (1). Nous verrons tout à l'heure que M. Thaller en a donné une troisième explication.

Du moment que la femme est commerçante, tous les actes qu'elle fait pour les besoins de son négoce obligent le mari, quand bien même elle aurait, sur le refus de ce dernier, obtenu l'autorisation de justice. C'est une dérogation importante au principe général qui veut que le mari ne soit tenu que s'il a consenti (art. 1426 C. civ.).

Les engagements relatifs au commerce de la femme sont tous ceux qui en découlent naturellement, non seulement les obligations contractuelles, mais aussi celles qui naissent de délits ou de quasi délits. C'est ainsi que les conséquences de l'imprudence commise par la femme dans l'exercice de sa profession, les dommages et intérêts qui peuvent résulter de faits de concurrence déloyale ou de faits de banqueroute, les obligations engendrées par la loi du 9 avril 1898 au sujet des accidents dont sont victimes les ouvriers dans leur travail, obligent le mari.

A quel titre ce dernier est-il responsable de ces engagements ? On admet généralement que c'est à simple titre de garant ; son obligation, prenant sa source dans le régime matrimonial et non dans le commerce, est considérée comme purement civile ; en conséquence, il ne serait pas passible de la faillite et avant la loi de 1867 il n'aurait pas été contraignable par corps.

Cette opinion traditionnelle a été vivement attaquée par M. Thaller, dans un très intéressant article inséré dans la *Revue critique de législation* (2). Sa théorie se résume en cette phrase de son étude : « En dehors de la séparation de biens ou de la gestion d'un commerce au moyen de paraphernaux, la femme doit être considérée comme faisant le négoce au compte de son

(1) DEMOLOMBE, t. IV, n° 340. — AUBRY et RAU, t. V, § 520 note 2. — GUILLOUARD, t. II, n° 845.

(2) THALLER, *Rev. crit.*, 1882, p. 578 et 742 ; 1883, p. 33 et 135.

mari et l'exposant lui-même à la faillite ». La femme est donc une sorte de mandataire de son mari, et les époux sont considérés comme des associés en nom collectif, la femme ayant seule le pouvoir d'obliger la société. Ce système a certainement le mérite d'être plus logique que le premier. Envisageons la situation : le mari a sur ses biens et sur ceux de la communauté un ensemble de pouvoirs qui n'appartiennent qu'à lui seul. Il ne peut pas en disposer en faveur de sa femme ; il peut simplement lui donner procuration d'en user. Ceci dit, que fait-il lorsqu'il autorise sa femme à faire le commerce ? Il lui donne procuration d'obliger la communauté et ses propres biens en vue d'une spéculation dont cette même communauté recueillera les bénéfices. La femme est donc mandataire de son mari ; elle agit pour le compte de ce dernier.

On n'a fait que de pauvres objections à cette opinion : Avant la loi de 1867, a-t-on dit, le mari n'était pas considéré comme contraignable par corps. Mais ce n'était là qu'une solution jurisprudentielle (1) et sous notre ancien droit la question était très controversée (2). En second lieu, cette doctrine ne serait pas conciliable avec l'article 5 du Code de commerce « qui ne considère la femme comme préposée de son mari que lorsqu'elle ne fait pas un commerce distinct » (3). Mais ce qu'a voulu cet article, c'est simplement empêcher que les époux n'exercent conjointement le commerce ; or, dans notre hypothèse, la femme peut seule administrer le négoce, quoiqu'elle agisse pour le compte de son mari. Ce dernier ne peut pas s'immiscer dans sa gestion, il peut simplement révoquer le mandat qu'il a donné en retirant son autorisation. Enfin on a critiqué la différence faite entre les régimes de communauté et ceux où la femme fait le commerce avec des biens propres dont la gestion lui est réservée. Rien de plus facile à expliquer. Ce qui constitue le mandat, c'est la délégation de pouvoirs ; ici, la femme n'en a

(1) Lyon, 26 juin 1822. S., 1823. 2. 228.

(2) POTHIER, De la puissance du mari, n° 22. — FERRIÈRE, Sur l'art. 234 de la Cout. de Paris.

(3) LYON-CAEN et RENAUET, *Op. cit.*, I, n° 261, 3.

pas besoin, puisqu'elle agit en se servant seulement de ses droits personnels.

Ce système présente, en outre, de grands avantages pratiques au point de vue de la faillite ; grâce au dessaisissement des deux époux, la procédure deviendrait plus simple et les créanciers se trouveraient avoir une plus efficace garantie.

Quelque logique que soit cette doctrine, nous croyons cependant qu'elle est moins légale qu'elle ne le paraît. La faillite est une mesure grave et exceptionnelle ; de plus, elle entraîne des pénalités : dans ces conditions, il semble difficile de l'appliquer à une personne sans un texte précis, ne serait-ce qu'en vertu de l'axiome : *nulla pœna sine lege*. Or, non seulement le Code ne prévoit pas expressément le cas du mari tombant en faillite, par suite de la faillite de sa femme, mais sa rédaction, et notamment celle de l'article 5 (C. com.), nous permet de supposer que le législateur n'a pas envisagé une telle hypothèse.

En définitive, malgré ce qu'a de séduisant la théorie de M. Thaller, nous nous rallions à l'opinion générale et nous concluons que, sous le régime de communauté, le mari n'est obligé que civilement par les engagements de sa femme et que, par conséquent, il n'est pas justiciable des Tribunaux de commerce et ne peut pas être déclaré en faillite.

2. *Régime sans communauté.* — Les caractéristiques de ce régime, assez rarement employé dans la pratique, sont celles-ci : « Chaque époux conserve pour lui la propriété de tout son patrimoine et il ne s'établit entre eux aucune société de biens ; leurs dettes restent séparées et les acquisitions que chacun d'eux fait pendant le mariage, à un titre quelconque, lui demeurent propres. Pour le reste, les règles de la communauté s'appliquent, le mari a l'administration et la jouissance des biens de sa femme. Ces règles posées, quel est l'effet des engagements de la femme sur le mari ?

Si l'on admet le système de M. Thaller, il n'est pas douteux que le mari se trouve tenu personnellement (1). En effet,

(1) THALLER, *Rev. crit.*, année 1883, p. 32, n° 29. — Traité élémentaire de droit comm., n° 109 et suiv.

ce dernier a l'administration de tous les biens de la femme, il dispose pendant le mariage de toute la propriété mobilière de cette dernière; si celle-ci veut faire le commerce, il faudra bien qu'elle obtienne une délégation de pouvoirs et elle se trouvera agir pour le compte de son mari. Dira-t-on que la femme peut trouver des capitaux d'emprunt. Qu'importe, puisque le mari seul aura le droit d'en disposer: ce droit, il faut qu'il s'en dessaisisse, et comme cette faculté lui est interdite au moins en droit, il sera, s'il en dispose en faveur de sa femme, censé avoir donné à cette dernière procuration d'en user.

On a dit aussi que le mari doit être tenu par cela seul qu'il gagne les bénéfices, et son obligation ne serait que la contrepartie de son avantage. Il n'est nullement démontré, comme nous le verrons plus loin, que les gains soient des fruits et deviennent la propriété du mari (1). Il est plus vraisemblable qu'ils constituent des propres qui seront restitués à la femme après la dissolution du mariage. Cet argument est donc à peu près dépourvu de valeur; quant à la doctrine de M. Thaller, nous avons dit tout à l'heure pourquoi nous la repoussions.

L'opinion que nous acceptons et qui est en partie celle de MM. Lyon-Caen et Renault (2), ne repose guère sur des bases rationnelles. Elle est en elle-même assez peu juridique et ne peut pas suffire à expliquer le mécanisme de ce pouvoir d'obligation accordé à la femme. Mais il faut bien se rendre compte que le législateur lui-même n'a pas cherché à relier logiquement les solutions les unes avec les autres. Dans le contrat de mariage et dans l'étude de la capacité de la femme mariée, plus encore que partout ailleurs, il s'est contenté, employant la méthode empirique qui lui est familière, d'accoler des règles puisées dans diverses coutumes ou qui lui semblaient devoir être le plus pratiques. Or le Code de commerce (art. 5) nous apprend que la femme oblige le mari, « *s'il y a communauté entre*

(1) 1^{re} partie, ch. III.

(2) Traité de Dr. com., I. n° 264. — V° aussi AUBRY et RAU, t. V, § 531 et note 18. — DEMOLOMBE, t. IV, n° 314 à 316. — BOISTEL, Cours de Dr. com., n° 100 bis. — COLMET DE SANTERRE, t. VI, p. 438, n° 200 bis.

eux ». Il en résulte que lorsqu'il n'y a pas communauté, le mari n'est pas obligé, et cet argument est d'autant plus sérieux que, d'après le droit commun, celui qui autorise ne s'engage pas. D'autre part, l'article 1449 du Code civil, qui prévoit l'obligation personnelle du mari, se trouve inséré dans la partie qui traite de la communauté. N'est-ce pas suffisant pour affirmer que la femme seule est tenue sur ses biens dans le régime que nous étudions ? Mais nous ne sommes plus d'accord avec MM. Lyon-Caen et Renault lorsque, contredisant leurs propres arguments, ils prétendent que les créanciers de la femme peuvent saisir la pleine propriété des biens de celle-ci, « le mari ayant abdiqué éventuellement son droit de jouissance ». Pourquoi le mari serait-il censé avoir plutôt abdiqué le droit de propriété qu'il a sur les revenus des biens de sa femme que le droit de propriété qu'il a sur ses propres biens ? Sur quoi se base une telle distinction entre des droits analogues ? L'usufruit n'est-il pas aussi intangible que la propriété !

Il faut opter franchement entre deux solutions : ou bien le mari est tenu personnellement, ou bien, et c'est là notre opinion, il est absolument irresponsable des engagements de sa femme. En conséquence, les créanciers de cette dernière ne pourront saisir que la nue propriété de ses biens ; la femme elle-même ne pourra disposer que de cette nue propriété.

3. *Séparation de biens*. — Dans ce régime où les intérêts des époux sont complètement séparés, où le mari n'a aucun droit d'administration ni de jouissance sur les biens de sa femme, les engagements de cette dernière ne peuvent obliger qu'elle seule. L'application de cette dernière règle ne peut donner lieu à aucune difficulté ni à aucune discussion.

4. *Régime dotal*. — Ce régime est analogue à la séparation de biens en ce qui concerne les paraphernaux et au régime sans communauté en ce qui concerne la dot, excepté le caractère inaliénable de cette dernière. Il suffira donc d'appliquer les solutions que nous avons données pour les deux hypothèses. Pour nous, par conséquent, sous ce régime, le mari ne sera jamais obligé, pas plus sur les revenus de la dot que sur ses propres biens.

CHAPITRE II

De la capacité de la femme mariée au point de vue des professions en dehors du commerce

Nous avons dit plus haut que la définition d'une profession pouvait se ramener à cette formule : fait pour une personne de mettre au service d'une ou plusieurs autres son activité moyennant rémunération. Nous avons dit quelles déceptions attendaient ceux qui voudraient faire entre les différentes professions des classifications exactes ; cependant, pour la commodité de l'étude et pour commenter nos Codes avec plus de facilité, nous avons mis le commerce à part des autres professions. Il s'en distingue d'ailleurs par la multiplicité des actes juridiques qu'il comporte et par ce fait que ces actes portent sur des choses et non sur la personne même du commerçant. Ce dernier se dissimule en quelque sorte derrière son commerce, et l'activité qu'il a déployée ou qu'il déploie reste, pour ainsi dire, occulte. Au contraire, dans les autres professions, l'employé s'engage personnellement vis-à-vis de son employeur, il se lie à lui par une obligation de faire ; ce n'est plus une chose qui est promise, mais la personne. Il est vrai qu'il est difficile de déterminer la limite qui sépare ces deux branches d'activité. Il est bien des professions, comme celle d'industriel par exemple, ou comme celles de tailleur, modiste, bottier, horloger, etc., où le louage d'industrie et le commerce forment un tout indivisible : il en est ainsi des louages d'ouvrage qui rentrent dans la catégorie appelée en droit romain *locatio operis*. Au contraire, les professions qui constituent ce qu'on appelle le

louage de services, la *locatio operarum*, se différencient nettement du commerce par les caractères que nous venons d'énoncer. Une telle distinction est d'ailleurs, à notre avis, quelque peu factice et superficielle : pour s'en convaincre, il suffit de remarquer que son application à certaines espèces ne s'est pas faite sans difficultés.

Lorsqu'il s'est agi de donner, une étiquette à l'engagement dramatique, Molinier, Devilleneuve et Massé n'hésitèrent pas à le classer parmi les actes de commerce (1). Une telle théorie ne reposait certes pas sur des arguments bien sérieux : de ce que le théâtre est une entreprise commerciale et de ce que les artistes sont les éléments nécessaires à cette entreprise, il est impossible de conclure que ces derniers soient déclarés commerçants. Avec ce raisonnement, on arriverait à déclarer passible de la faillite la grande majorité des ouvriers. Cet invraisemblable système fut cependant appliqué pendant longtemps par la jurisprudence. Nous en avons pour preuve deux arrêts de la Cour de Paris qui, à onze ans de distance, ont affirmé l'un et l'autre ce principe (2). Il est vrai que les juges trouvaient ainsi le moyen d'empêcher les acteurs insolvable de rompre impunément leurs engagements, en les menaçant de la contrainte par corps. Quoi qu'il en soit, il est certain que lorsque ce moyen de répression commença à tomber en défaveur, la jurisprudence elle-même se mit à varier : la Cour de Paris rétracta son ancienne opinion (3) et, depuis cet arrêt, la théorie de l'artiste commerçant a été définitivement condamnée (4). Enfin, pour déterminer nettement le caractère de l'engagement théâtral, dont nous aurons souvent à nous servir comme exemple, à cause des nombreuses décisions judiciaires qu'il a motivées, rappelons que, d'après les systèmes de

(1) MOLINIER, Tr. de Dr. comm., I, n° 49. — DEVILLENEUVE et MASSÉ, Actes de comm., n° 407.

(2) Paris, 27 juin 1840. D., 40. 2. 117. — Paris, 23 août 1851. D., 52, 2. 10. — Lyon, 15 mars 1846. Journ. *Le Droit*, 21 mars 1846.

(3) Paris, 4 mai 1852. D., 53. 2. 94.

(4) Cass., 8 déc. 1875. D., 76. 1. 358. — Tribunal Seine, 12 juillet 1888. *Gaz. Pal.*, 88. 2. 255.

Troplong, Aubry et Rau, etc., cet engagement constituerait une profession dite libérale. Nous avons essayé de démontrer plus haut l'inanité d'une telle distinction. Nous nous bornerons donc à répéter qu'à notre avis, toutes les professions qui sont en dehors du commerce constituent un louage d'industrie. Cette affirmation se trouve confirmée, en ce qui concerne la carrière théâtrale, par l'arrêt de la Cour de cassation du 8 décembre 1873, précité.

Comme nous l'avons fait pour la femme mariée commerçante, nous diviserons ce chapitre en deux parties : dans la première, nous étudierons les modes d'habilitation de la femme ; dans la seconde, nous rechercherons quelle est la capacité de cette dernière une fois habilitée et quels sont les principaux effets du contrat de travail.

I. — DE L'HABILITATION DE LA FEMME MARIÉE A S'ENGAGER PAR UN CONTRAT DE TRAVAIL

§ 1^{er}. *De l'autorisation maritale*

1, *Formes de l'autorisation*. — Il n'est pas douteux que, pour contracter un engagement professionnel, la femme mariée ait besoin de l'autorisation de son mari. Cela résulte jusqu'à l'évidence des articles 213 et 219 du Code civil et des principes essentiels de la puissance maritale. Cette autorisation peut être accordée selon les modes prévus par l'article 217 du même Code : elle peut, d'abord, être donnée par écrit, soit par acte authentique ou sous seing privé, soit même par simple lettre, puisque la loi n'exige, en dehors de l'écriture, aucune formalité spéciale. En second lieu, l'autorisation peut résulter du concours du mari dans l'acte. Cette forme d'autorisation tacite est la seule admise par la loi. L'article 217 est clair et précis et ne semble pas devoir souffrir de discussion. Cependant on a prétendu que le mode prévu par la loi n'était qu'un exemple de consentement tacite, que l'autorisation maritale n'était soumise, quant à sa

manifestation, à aucune formalité intrinsèque (1) et qu'elle pouvait résulter des circonstances de fait que le juge aurait à apprécier. C'est ainsi que la Cour d'appel de Paris a admis que, lorsqu'une femme exerce la profession d'artiste dramatique au vu et au su de son mari, on doit induire du silence de ce dernier qu'il autorise tacitement la carrière de sa femme (2).

Cette solution, que nous avons admise en matière commerciale, ne se justifie nullement en droit civil. Le Code ne parle pas ici de *consentement*, mais d'*autorisation*. Nous n'avons pas en faveur du consentement tacite l'avis favorable du législateur et nos anciennes coutumes exigeaient presque toutes l'autorisation expresse. D'autre part, il n'y a aucune ambiguïté dans les termes de l'article 217. La femme mariée ne peut pas contracter, dit-il en principe, « sans le concours du mari dans l'acte ou son consentement par écrit ». On ne peut pas en déduire que l'autorisation tacite est admise d'une manière générale. Aussi convient-il de condamner cette solution, ainsi que l'ont fait, d'ailleurs, de nombreux auteurs et une notable jurisprudence (3).

L'autorisation maritale doit être donnée soit avant, soit au moment même de l'engagement? Ne pourrait-elle pas être donnée après, et le mari ne pourrait-il pas ratifier l'obligation contractée par sa femme? Cela semble logique à première vue, car le mari doit pouvoir faire tomber une nullité qui n'est fondée que sur un défaut de consentement de sa part (4). Mais il ne faut pas oublier que, d'après le système du Code civil, la femme elle-même peut demander la nullité de son engagement. Or, bien que le mari ait confirmé l'acte passé par sa femme, celle-ci

(1) AUBRY et RAU, 4^e édit., t. V, § 472, note 52.

(2) Paris, 23 août 1851. D., 52. 2. 10. — Cf. Douai, 13 mai 1846. D., 47. 2. 60. — Paris, 21 juin 1851. S., 51. 2. 337. — Riom, 31 mai 1852. D., 54. 5. 36. — Cass., 6 août 1878. D., 78. 1. 400.

(3) Cf. DEMOLOMBE, Mariage, t. II, n° 197. — LAURENT, Pr. de Dr. civil, t. III, n° 417. — Cass., 27 juin 1839. S., 39. 1. 878. — Cass., 26 juillet 1871. S., 71. 1. 65. — Trib. Seine, 12 juillet 1888. — *Gaz. Pal.*, 88. 2. 255.

(4) Cf. MARCADÉ, Code civil, sous l'art. 225, n° 1. — ZACHARIE, § 472, n° 39. — TOULLIER-DUVERGIER, Dr. civ. fr., 2. 648, note 1.

n'en conserve pas moins le droit d'en demander la nullité, parce qu'elle n'a pas eu, au moment où elle s'est obligée, la garantie que l'autorisation devait lui procurer : la ratification rendra donc l'acte opposable au mari, mais non à la femme (1).

2. *Caractères de l'autorisation.* — L'autorisation doit être spéciale, telle est la règle imposée par l'article 223 (C. civ.). Cette disposition demande un développement et il importe de rechercher en quoi consiste ici la spécialité. La question est très importante. Malgré son apparente simplicité, le contrat de travail entraîne presque toujours après lui d'autres actes juridiques : Une couturière devra s'acheter une machine, une artiste, des costumes, etc ; aura-t-elle besoin, pour ce faire, d'une nouvelle autorisation ? En second lieu, le mari pourra-t-il consentir, d'une manière générale, à ce que sa femme exerce une profession ; ou devra-t-il au contraire consentir, d'une manière spéciale, pour chaque engagement et pour chacune de ses clauses ? Une telle nécessité entraînera souvent pour la femme mariée une impossibilité juridique d'exercer sa profession. Supposons-la, par exemple, artiste, sans engagement de longue durée, offrant son talent au jour le jour, errant de concert en concert : quelle situation lui sera faite, si elle est obligée pour chaque nouvel employeur, c'est-à-dire, dans notre hypothèse, pour chaque soirée, d'obtenir une nouvelle autorisation ! Même dans le cas où elle s'engage à long terme, il est peu pratique pour elle d'être obligée de recourir à son mari toutes les fois qu'elle veut apporter un changement à son contrat, le renouveler ou en passer un autre. Les époux peuvent être éloignés l'un de l'autre, l'occasion peut exiger d'être rapidement saisie. Toutes ces raisons montrent qu'il serait équitable que le consentement, tout en prévoyant le genre de profession, pût laisser le champ libre à la femme, en ce qui concerne les nécessités de son travail et le choix des clauses particulières de l'engagement.

C'est en partant de ces principes que Lacan et Paulmier ont accordé à la femme mariée, autorisée par son mari à contracter

(1) Huc, t. II, n° 253.

un engagement théâtral, le droit de faire, sans nouvelle autorisation, toutes les dépenses nécessaires à sa profession. Mais ces auteurs sont tellement embarrassés pour justifier leur opinion, qu'après avoir affirmé que le contrat d'engagement dramatique est un louage de services, ils s'appuient sur un jugement du 21 mars 1846 précité, qui suppose l'artiste commerçante (1). C'est qu'il est difficile de défendre autrement une telle théorie. Le Code civil affirme qu'il faut une autorisation pour chaque acte (art. 217-219) et il s'oppose formellement à ce qu'elle puisse en comprendre plusieurs (art. 223). Quand le législateur a voulu consacrer la solution inverse, en ce qui concerne le commerce, il l'a dit expressément, et l'on reconnaît que cette disposition est une grave dérogation au droit commun. Dans ces conditions, nous ne voyons guère en vertu de quelles raisons la femme pourrait passer seule les contrats accessoires de sa profession. Cette faculté ne pourrait pas être une extension du mandat tacite qui lui est reconnu par la jurisprudence ; si la femme est mandataire de son mari, en ce qui concerne l'administration du ménage, les achats nécessaires de la maison, etc., on ne peut pas dire qu'elle le représente lorsque, par exemple, elle figure dans un music-hall. N'étant pas mandataire en ce qui concerne la profession elle-même, elle ne peut pas, *a fortiori*, avoir procuration tacite pour les actes qui en résultent. C'est pourquoi nous lui refusons le droit de faire, sans consentement spécial, les actes pour lesquels elle n'a pas été expressément habilitée : achats d'instruments de travail, de meubles divers, location d'appartement, etc.

Se plaçant à un autre point de vue, un arrêt de la Cour de Paris, du 30 août 1842, a essayé d'élargir la spécialité exigée par la loi ; pour lui, l'autorisation est suffisamment spéciale lorsque le genre de profession est nettement déterminé. Ceci étant, la femme peut ensuite contracter autant d'engagements qu'il lui plaît, sans avoir besoin d'être habilitée à nouveau. C'est ainsi que fut validée, dans l'espèce, l'autorisation donnée

(1) Journ. *Le Droit*, 21 mars 1846.

à une femme mariée de contracter « soit à Paris, soit dans l'un des départements du royaume, aux conditions qu'elle jugera lui être avantageuses, non pas généralement, mais seulement dans le genre de l'opéra-comique » (1).

Cette décision ne se concilie guère avec l'article 219 (C. civ.), qui semble bien exiger que le mari intervienne pour chaque acte de la femme. D'autre part, le principe de la spécialité qui résulte de l'article 223 ne permet pas un consentement aussi indéterminé. Le mari qui autorise doit être censé agir en connaissance de cause et, pour qu'il en soit ainsi, il faut que son autorisation soit spéciale, non seulement quant au genre de profession, mais aussi au point de vue de l'employeur, du salaire et de toutes les clauses qui tendent à déterminer les droits respectifs des parties.

Dira-t-on, avec la Cour de Paris (2), que la règle de la spécialité ne s'applique pas à notre espèce, parce que l'engagement professionnel constitue un acte d'administration et que, dans cette hypothèse, l'autorisation générale est permise par la loi ? Une semblable affirmation ne pourra être discutée que le jour où la Cour de Paris voudra bien nous apprendre quels sont les arguments juridiques sur lesquels elle est susceptible de reposer.

En définitive, l'autorisation du mari doit être donnée par écrit ou résulter de son concours à l'acte ; elle doit être spéciale, c'est-à-dire qu'elle doit exister pour chaque acte et pour toutes ses clauses.

§ 2. *La Justice peut-elle intervenir pour autoriser la femme*

Comme en matière commerciale, il faut se demander si, dans les cas de refus, absence ou incapacité du mari, la femme peut obtenir l'autorisation de justice. La question est aussi intéres-

(1) Trib. Seine, 26 août 1842. Journ. *La Loi*, du 27 août 1842, confirmé par Paris, 30 août 1842. Cet arrêt admet la possibilité de l'intervention judiciaire en cette matière, puisque l'autorisation en question avait été donnée par le Tribunal de la Seine, dans le jugement précité. Nous disons plus loin ce que nous pensons de cette théorie.

(2) 30 oct. 1883, Journ. *La Loi*, du 31 octobre 1883.

sante, elle a donné lieu à autant d'opinions et de discussions qu'au sujet de la femme qui désire exercer le commerce. A la vérité, le recours à justice semble ici plus justifiable ; la femme autorisée à faire le commerce est habilitée à faire tous ou presque tous les actes qui en dérivent ; ici, elle n'est autorisée que pour un seul acte spécialement déterminé. En second lieu, le grand argument pratique contre l'intervention judiciaire, en matière commerciale, était l'influence considérable des engagements de la femme sur la communauté et, par conséquent, sur le mari. Ici, le contrat d'engagement n'intéressera pas la communauté si le mari n'a pas lui-même consenti, puisque l'article 1426 du Code civil déclare que : « Les actes faits par la femme sans le consentement du mari, et même avec l'autorisation de la justice, n'engagent point les biens de la communauté, si ce n'est lorsqu'elle contracte comme marchande publique et pour le fait de son commerce ». Enfin, l'article 219 a prévu le cas d'une manière très nette et semble mettre la question hors de discussion, puisqu'il dit que, « si le mari refuse d'autoriser sa femme à *passer un acte* », celle-ci pourra avoir recours à la justice. Or, l'engagement professionnel est bien un acte et tombe par cela même sous l'article 219.

Aussi un arrêt de la Cour de Paris du 3 janvier 1868(1), a-t-il soutenu que la justice pouvait intervenir à défaut du mari, parce que la loi s'exprime d'une manière générale, « qu'elle n'admet pas d'exception et qu'elle ne pouvait en admettre ; qu'il était, en effet, impossible de reconnaître au mari le droit d'empêcher sa femme d'exercer honnêtement une profession qui serait son unique ressource ». Partant de ces principes, MM. Aubry et Rau ont posé en axiome que « les tribunaux ont le pouvoir d'autoriser la femme à contracter un engagement théâtral », sans essayer de démontrer cette proposition et sans se préoccuper des autres professions. Il est vrai que ces auteurs avaient affirmé précédemment que les tribunaux peuvent intervenir toutes les fois qu'il y a abus de la puissance maritale,

(1) D., 68. 2. 28.

c'est-à-dire toutes les fois qu'elle se manifeste par des actes d'oppression (1).

Il nous est difficile d'admettre, d'une façon générale, que la puissance du mari cesse quand elle devient abusive, car ce principe n'est pas dans nos lois. La seule limite à la puissance maritale est celle apportée par la loi elle-même, et notamment par le Code pénal. C'est ainsi qu'il est défendu au mari de frapper sa femme, de la séquestrer, etc. Sauf ces exceptions, les pouvoirs du mari restent intacts et rien ne permet aux juges d'intervenir pour les contrôler (2).

Quant aux arguments que nous avons énoncés précédemment ; ils ne nous semblent pas plus décisifs : s'il est vrai que l'engagement professionnel est constitué par un seul acte, il est moins exact de dire qu'il est régi par l'article 219. Le contrat d'engagement n'engendre pas une obligation patrimoniale, mais une obligation de faire qui porte, en principe, non sur les biens, mais sur la personne de la femme. Or, celle-ci est beaucoup plus libre, vis-à-vis de son mari, quant à ses biens que quant à sa personne. Selon les régimes, elle a sur son patrimoine des droits plus ou moins étendus ; quels que soient les régimes, elle reste tenue à la même soumission envers son mari. Aussi, toutes les fois que le mari consent à ce que sa femme accomplisse une prestation en personne, il l'autorise, non seulement comme « auctor », mais aussi et surtout « comme chef d'une famille dont la direction morale lui appartient (3). Ce n'est plus l'article 219 qu'il faut appliquer, mais l'article 213 ; ce n'est plus seulement une habilitation à un acte juridique, c'est une permission de faire un ou plusieurs actes matériels déterminés : « Le mari, dit Laurent (4), peut avoir une répugnance invincible à voir sa femme sur les planches ; comment admettre que le juge lui fasse violence ? Ce que nous disons du théâtre, nous

(1) AUBRY et RAU, C. de Dr. civ., t. V, § 471.

(2) *Contra* : Trib. Seine, 13 janvier 1870. D., 70. 3. 40. V^o note de M. Labbé, S., 77. 2. 161.

(3) HUC, t. II, n^o 263 et 264.

(4) Princ. de Dr. civ., t. III, n^o 135.

l'appliquons à toute espèce de professions. C'est le mari qui est le chef de la famille, c'est lui qui doit subvenir aux besoins de la femme, c'est à lui, et à lui seul, de voir s'il lui convient que sa femme exerce telle ou telle profession pour vivre. »

Le Tribunal de la Seine, dans un jugement du 2 mars 1887 (1), a appliqué ces principes, après les avoir très fortement et très juridiquement motivés : « Attendu, dit ce jugement, que parmi les contrats et les actes énoncés en l'article 217 du Code civil, que la femme mariée non séparée est incapable de faire valablement, sans autorisation de justice, à défaut de l'aveu ou du consentement marital, ne se trouve pas mentionné le choix d'une carrière ou d'une profession libre; qu'on conçoit facilement, d'ailleurs, que le mari, seul juge des convenances conjugales, et gardien de la dignité commune, ait le droit exclusif d'apprécier si sa femme est ou non capable de courir les chances parfois périlleuses d'une carrière où peuvent être compromis son nom, son honneur et ses intérêts, puisque seul il a l'autorité et les moyens de décider en parfaite connaissance de cause »... Il reste donc bien entendu que le juge ne peut se substituer au mari dans l'exercice de la puissance maritale proprement dite; il ne peut pas le faire dans un cas isolé, à plus forte raison en est-il incapable lorsqu'il s'agit d'autoriser la femme à accomplir les différents actes qui constituent une profession.

La rigueur des principes nous conduit à appliquer, sans distinctions, la même solution dans tous les cas, quels que soient les régimes, quelle que soit la situation du mari. Peu importe que les époux soient séparés de biens puisque la puissance maritale sur la personne subsiste intégralement. (Une seule exception s'impose, ainsi que nous le verrons plus loin au sujet de la femme séparée de corps). Peu importe que le mari soit absent ou incapable, puisque la loi n'a pas fait de distinctions, et, comme nous le disons dans le chapitre précédent, il est inadmissible que la décision judiciaire soit présumée conforme à celle qu'aurait prise le mari s'il eût été présent ou capable.

(1) S., 87. 2. 117.

Tout en acceptant, en théorie, la solution que nous venons d'exposer, un arrêt de la Cour de Rouen du 4 février 1878 (1), défendu par Guillouard, a voulu donner à la femme abandonnée de son mari le droit de contracter seule, sans avoir besoin d'aucune espèce d'autorisation, un louage d'industrie, « attendu que l'abandon du mari contient nécessairement pour la femme *l'autorisation tacite* d'assurer son existence et celle des enfants qu'il met à sa charge ». La Cour de cassation qui confirma cet arrêt (2) voulut voir dans cette hypothèse un cas de *mandat tacite*.

S'il y a là des idées ingénieuses, logiques en droit théorique, il faut convenir qu'elles se concilient difficilement avec les termes du Code civil, et nous avons déjà montré que l'article 217 ne permettait pas la possibilité d'un consentement tacite.

Une autre hypothèse a soulevé des controverses et fait naître différents systèmes : c'est celle où le mari est pourvu d'un conseil judiciaire. Quoi qu'en ait dit Duranton (3), il est certain d'abord que le prodigue, ne pouvant pas passer seul un acte (art. 502 C. civ.) ne peut pas seul autoriser sa femme à contracter un engagement professionnel. Pour remédier à cet état de choses, Laurent et plusieurs auteurs (4) ont prétendu que la femme serait suffisamment autorisée si elle l'était par le prodigue assisté de son conseil. Mais il n'est pas dans les attributions du conseil judiciaire de donner à la femme du prodigue une certaine capacité. L'engagement peut être onéreux pour sa fortune personnelle ; le conseil n'est pas qualifié pour en apprécier l'opportunité. C'est pourquoi Demolombe (5), Aubry et Rau (6), etc., etc., ont accordé dans cette circonstance aux tribunaux le droit d'habiliter la femme. Ce deuxième système n'est pas plus satisfaisant que le premier. Le mari prodigue n'en détient pas moins la puissance maritale. A ce

(1) D., 78. 2. 258.

(2) Cass., 6 août 1878. D., 79. 1. 400.

(3) Cours de Droit français, t. II, p. 454, n° 506.

(4) LAURENT, *Op. cit.*, t. III, n° 132. — BESLAY, t. I, n° 318.

(5) Mariage, t. II, n° 226.

(6) *Op. cit.*, 5. t. V., p. 148, note 45.

titre, s'il ne peut pas autoriser sa femme, il peut au moins l'empêcher d'exercer une profession. L'autorisation du mari serait donc d'abord nécessaire avant d'obtenir celle de justice et l'habilitation de la femme ne pourrait résulter que de ces deux consentements réunis. Cette dernière solution, n'ayant pas été prévue par la loi, ne semble pas devoir être adoptée de préférence aux autres. Elle laisse d'ailleurs derrière elle une question importante : la femme ainsi habilitée serait-elle censée autorisée de son mari ou de justice ? Dans le premier cas, la communauté serait tenue des engagements de la femme, dans le second, elle y resterait étrangère (art. 1426).

En conséquence, dans le silence de la loi nous déciderons que la femme mariée à un prodigue pourvu d'un conseil judiciaire ne peut pas être habilitée à contracter un engagement professionnel ; il en sera de même en cas d'abandon, d'absence, d'interdiction, d'aliénation. Le droit de consentir appartient au mari seul, et s'il est incapable, personne ne peut à sa place exercer cette faculté.

C'est ainsi que la justice ne pourra pas, dans aucune circonstance, autoriser la femme à louer ses services, à suivre la carrière théâtrale, à passer des examens de droit, de médecine, de pharmacie, de sage-femme (1), à faire représenter des œuvres dramatiques, à publier des œuvres littéraires, à exposer publiquement des œuvres de peinture et de sculpture (2).

Une controverse est née au sujet de ces derniers exemples, c'est-à-dire au sujet de la publication des œuvres littéraires ou artistiques de la femme. Cubain (3) a prétendu que, si le mari a le droit d'attaquer les contrats que sa femme aurait passés seule avec le libraire, l'imprimeur, le directeur de théâtre, etc., en revanche, il lui est impossible d'empêcher le fait de la publication proprement dite. Et il s'indigne contre l'opinion contraire à la sienne : « Comment, dit-il, ferait-on rentrer la publication dans les faits prévus par l'article 217 du Code civil ? Cela ne se

(1) Trib. Seine, 2 mars 1887 précit. S., 87. 2. 117.

(2) DEMOLOMBE, *Mariage*, t. II, n° 248 bis et 248 ter.

(3) CUBAIN, *Traité des droits des femmes*, n° 98.

pourrait, à moins qu'on ne soutint qu'en publiant les produits de son intelligence la femme consomme une aliénation au préjudice de son mari. Mais la raison se révolterait en présence d'une pareille thèse et jamais la logique judiciaire ne s'égarera au point de décider que, parce que les œuvres de l'esprit sont une propriété, en ce sens qu'on ne peut les publier sans le consentement de leur auteur, celui qui use libéralement des produits de son intelligence doit être considéré comme dissipateur de son patrimoine ». En conséquence, d'après cet auteur, la femme n'aurait besoin d'aucune autorisation pour publier simplement son œuvre, pour exposer par exemple un tableau au Salon. Mais il y a dans ce raisonnement une méprise manifeste. La femme qui publie une œuvre artistique ne peut pas être évidemment censée dilapider son patrimoine ; aussi n'est-ce pas en vertu de l'article 217 du Code civil qu'elle aura besoin de l'autorisation maritale, mais en vertu de l'article 213 qui exige que la femme obéisse à son mari. Et il en résulte que non seulement la femme ne peut pas publier une œuvre artistique sans autorisation, mais que la faculté d'autoriser appartient au mari seul et ne peut être exercée par la justice, ainsi que nous l'avons admis pour toutes les professions (1). Mais, comme le simple fait de la publication ne constitue pas un acte, au sens de l'article 219 du Code civil, l'article 217 ne s'appliquera pas à cette hypothèse et le consentement du mari, pour être valable, n'aura pas besoin de revêtir les formes spéciales qui y sont prescrites.

De même qu'il est loisible au mari d'accorder ou de refuser son autorisation, il lui est permis de la révoquer, alors même qu'il se serait engagé à la donner pour un temps déterminé ; cet engagement n'est pas valable, car il constituerait une renonciation momentanée aux droits qui résultent de la puissance maritale, renonciation interdite par l'article 1388 du Code civil.

De même que la femme qui est dans l'impossibilité d'obtenir

(1) DELALANDE, Etude sur la propriété littéraire. *Rev. prat.*, année 1878, p. 192. — *Huc*, t. II, n° 263, p. 281.

de son mari l'autorisation d'exercer une profession ne peut pas s'adresser à la justice, de même la femme dont l'autorisation a été révoquée arbitrairement ne peut pas en appeler aux tribunaux, et pour les mêmes raisons que celles précédemment exposées. Le mari est le maître et sa volonté est souveraine : il a voulu, il ne veut plus, ce n'est que le jeu de la puissance maritale. On objectera que l'intérêt des tiers doit aussi être respecté, que le mari savait ce qu'il faisait en consentant, que, par conséquent, il ne pourra révoquer son autorisation que pour une cause juste et légitime dont l'appréciation appartiendra aux tribunaux. A cela nous répondrons que la puissance maritale est d'ordre public : qu'elle est au-dessus de l'intérêt des particuliers et que rien, ni l'engagement du mari, ni même sa mauvaise foi n'est capable de lui en enlever les pouvoirs. Cependant une révocation de consentement injuste et inopportune ne serait pas sans effet à l'égard du mari : elle pourrait entraîner pour lui certaines conséquences pécuniaires, pour réparer le dommage causé soit au tiers, soit même à la femme.

Il peut arriver que la résiliation brusque de l'engagement de la femme cause à celui qui emploie cette dernière un dommage considérable. Supposons, par exemple, qu'un directeur de théâtre, ayant engagé une artiste en renom, avec l'autorisation de son mari, ait fait pour une représentation des dépenses spéciales. Le mari, qui avait d'abord consenti, révoque son autorisation : il peut le faire quand il lui plaît, la veille de la représentation, le jour même, au moment où le rideau va se lever ; il peut même interrompre le spectacle et, entre deux actes, intimé à sa femme l'ordre de quitter son rôle.

Qui va subir en définitive ce préjudice ? Celui par la faute duquel il sera arrivé (art. 1382 C. civ.) : l'employeur lui-même s'il a excédé les termes du contrat, la femme si elle a abusé de la liberté qui lui était accordée, enfin le mari si sa révocation est injuste et sans motifs légitimes. Il en sera de même en cas de dédit stipulé dans le contrat ; la femme obligée d'abandonner sa profession, pour cause de révocation d'autorisation, sera obligée de payer à son employeur le dédit convenu, mais

elle pourra faire intervenir son mari, qui en restera responsable s'il ne justifie pas que son changement de volonté repose sur des raisons sérieuses.

§ 3. *Sanctions du défaut d'autorisation*

Nous avons dit que la femme ne pouvait pas contracter d'engagement professionnel sans autorisation de son mari ; il nous reste à nous demander quels sont les moyens que la loi met à la disposition de ce dernier pour qu'il puisse faire respecter sa volonté. La seule sanction du défaut d'autorisation est la nullité de l'engagement. Cette nullité peut être demandée soit par le mari, soit par la femme, mais non par les tiers qui auraient traité avec cette dernière (art. 1123, al. 2, C. civ.).

Une autre sanction pourrait naître dans le cas où, malgré une défense formelle du mari à l'employeur, ce dernier continuerait à faire travailler la femme ; dans cette hypothèse, le mari pourrait intenter contre l'employeur une action en dommages et intérêts basée sur ce fait que ce dernier a, en connaissance de cause, fourni à la femme les moyens de s'insurger contre l'autorité maritale. C'est ainsi que le mari de la cantatrice Jane Mérey a poursuivi avec succès les directeurs du Grand Cercle d'Aix-les-Bains (1), du Grand Théâtre de Toulouse (2), et l'organisateur d'une représentation aux Arènes d'Arles (3), parce que ces différents impresarii avaient enfreint la prohibition formelle qu'il leur avait faite de laisser sa femme paraître sur la scène.

La même solution s'imposerait dans l'hypothèse où le mari après avoir donné son autorisation la révoquerait.

La notification de la défense ou de la révocation de l'autorisation peut se faire par tous les moyens, même par simple lettre missive (4).

(1) Trib. Seine, 17 juillet 1901, *Gaz. des Trib.*, 1901, 2^e sem., 2. 227. — Paris, 4 mars 1903, *Gaz. des Trib.*, 1903, 1^{re} sem., 2. 294.

(2) Trib. Toulouse, 14 décembre 1901, *Gaz. des Trib.*, 1902, 1^{re} sem., 2. 173.

(3) Trib. civ. Nîmes, 8 août 1901, *Gaz. des Trib.*, 1901, 2^e sem., 2. 434.

(4) Trib. Toulouse, 14 déc. 1901, précit.

II. — EFFETS DU CONTRAT DE TRAVAIL

Le contrat de travail peut produire des effets tant à l'égard de la femme qu'à l'égard du mari.

§ 1^{er}. *Effets du contrat de travail à l'égard de la femme valablement autorisée*

Si la femme a le droit d'agir dans la mesure où elle a été autorisée, en revanche elle a le devoir de remplir les clauses de son engagement. Son droit d'action se limite aux termes mêmes de l'autorisation maritale et nous avons montré que le caractère spécial de ce consentement s'opposait à toute extension. C'est pourquoi nous refuserons à la femme le pouvoir de faire les dépenses nécessaires à sa profession et de toucher ses appointements, sans une habilitation particulière. Quant au domicile, il est évident qu'elle ne pourra jamais, et en aucune façon, en avoir un distinct de celui de son mari ; il nous suffira de renvoyer à ce sujet aux explications précédemment données, au point de vue de la femme commerçante.

L'obligation pour la femme de bien remplir son engagement ne souffre en soi aucune difficulté ; la prestation personnelle qui devait être fournie sera, en cas d'inexécution, transformée en dommages et intérêts. Ceux-ci pourront être conventionnels ; ils pourront être fixés à toute époque, même au moment du contrat ; à défaut de convention à cet égard, la justice décidera ; il n'y a là que l'application du droit commun.

Il est cependant un fait qui peut apporter dans l'exécution de l'engagement une grave perturbation et que le législateur n'a pas prévu, justement parce qu'il concerne uniquement la femme. Nous voulons parler de la grossesse. Deux questions se posent à ce sujet : La femme obligée d'interrompre sa profession, parce qu'elle est enceinte, continue-t-elle à avoir droit à son salaire ? Est-elle tenue au contraire de réparer le préjudice qu'elle cause à l'employeur par le fait de l'interruption de son travail et peut-elle être passible de dommages et intérêts ?

La question du salaire est théoriquement des plus délicates. On peut soutenir que la grossesse, étant un état naturel de la femme, a dû être prévue par l'employeur, au même titre qu'il a prévu le temps nécessaire pour les repas et le sommeil. En conséquence, il devrait les appointements à la femme pendant le temps normal d'un accouchement régulier et il ne faudrait pas faire de différence entre la femme mariée et la femme non mariée, car la grossesse est chez l'une comme chez l'autre l'exercice d'une fonction naturelle. On peut répondre que ce système consacre une inégalité sociale; que les grossesses d'une femme n'ont lieu qu'à intervalles lointains et irréguliers; que l'employeur ne peut pas prévoir quand ce fait se réalisera; qu'il se trouve ainsi porter seul le fardeau d'une charge qui sera pour lui d'autant plus lourde qu'il aura moins longtemps employé la femme.

Quoi qu'il en soit, le législateur n'ayant pas cru devoir résoudre le problème, nous sommes obligé de nous reporter aux règles édictées par le Code civil. Le principe qui domine la matière se trouve ainsi exprimé dans l'article 1134: « Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites ». Comme atténuation à cette règle, le même article déclare qu'elles doivent être exécutées de bonne foi, et enfin l'article 1156 nous apprend qu'on doit toujours rechercher « la commune intention des parties contractantes ». La souveraineté des conventions devra donc rester intacte: s'il y a une clause expresse, elle ne pourra pas être violée; mais dans le silence des parties, le juge pourra rechercher leur volonté probable. Cette volonté résultant des circonstances de fait, il n'y aura donc pas de règle fixe. C'est ainsi que l'intention de payer la femme en cas de grossesse pourra résulter de ce que l'employeur a engagé les deux époux à la fois, ou même simplement une femme mariée, alors que l'intention contraire serait vraisemblable en cas d'engagement d'une femme non mariée. Nous arrivons ainsi et par des voies différentes à nous trouver presque d'accord avec Vivien et Blanc, dont nous n'admettons

point les explications ténébreuses (1). Un jugement du Tribunal de commerce de Nancy du 14 mai 1845 (2) a admis notre manière de voir : il a condamné un directeur de théâtre à payer ses appointements à une artiste mariée qui avait cessé momentanément d'exercer sa profession pour aller faire ses couches, attendu qu'un employeur « qui contracte avec une femme légitimement mariée doit s'attendre à une interruption probable pour survenance d'enfant. »

Ce système est-il suffisant pour donner satisfaction aux exigences de la maternité ? Nous ne le croyons pas. Une clause de style, obligatoire pour toute femme qui voudra trouver du travail, une simple interprétation différente de l'intention des contractants, et la grossesse de la femme mariée cessera d'être protégée. Quant à la fille-mère, elle se trouvera dépourvue de ressources au moment même où la société aurait le plus d'intérêt à ce qu'elle fût secourue. Il y a là un problème qui ne nous semble pas insoluble, ainsi que nous le verrons plus loin.

S'il peut arriver que la femme enceinte se voie privée de salaire pour avoir interrompu son service, en revanche, elle ne pourra pas être condamnée à payer de ce chef des dommages et intérêts à l'employeur. Il y a là un cas indiscutable de force majeure, quoi qu'en ait dit un jugement du Tribunal de commerce de la Seine du 2 janvier 1857 (3).

A cette question se rattache celle de savoir si la femme ayant contracté un engagement professionnel avant d'être mariée, peut arguer de son mariage pour faire annuler la convention. Il faut supposer que la rupture du contrat est une des conditions du mariage. La femme peut alors tenir le raisonnement suivant : le mariage est un droit fondamental qui est au-dessus de toutes conventions. Je n'ai pas pu renoncer à me marier ; or il se trouve que mon mari, au nom de la puissance qu'il a sur moi, m'interdit de continuer ma profession ; il y a force majeure. On peut répondre qu'ici la force majeure n'est

(1) VIVIER et BLANC, *Traité de la législation des théâtres*, n° 235.

(2) *Gaz. Trib.*, 15 mai 1845.

(3) *D.*, 58. 3. 56.

pas nettement caractérisée; que la femme pouvait éviter de se trouver dans cette situation, en se mariant, par exemple, après avoir fini de remplir son engagement; que, d'ailleurs, le contrat peut s'exécuter pécuniairement si la femme ne l'exécute pas personnellement, et que le mariage n'a pas pour effet d'anéantir les dettes de la femme. Enfin il n'y aurait véritablement force majeure que si nos lois permettaient l'exécution forcée des obligations de faire.

La femme devra donc payer soit le dédit fixé conventionnellement, soit des dommages et intérêts. C'est ce qu'a décidé un jugement du Tribunal civil de la Seine du 20 novembre 1903 (1).

Quant à l'employeur, il est bien évident que, de son côté, il ne pourra pas arguer du simple fait du mariage de la femme pour demander la résiliation de l'engagement de cette dernière (2).

§ 2. *Des effets du contrat de travail à l'égard du mari*

Le contrat de travail n'est pas sans conséquences patrimoniales, comme l'ont insinué certains auteurs. Si l'objet direct de l'obligation est un fait personnel de la femme, l'objet indirect et subsidiaire est une indemnité pécuniaire. En effet, l'obligation de faire non exécutée se résout en dommages et intérêts; très souvent, ces dommages et intérêts sont déterminés conventionnellement et au moment même du contrat; l'engagement professionnel devient alors une obligation facultative. Cette conséquence n'est pas la seule qui puisse résulter du contrat de travail. Tous les manquements à l'engagement, fautes d'exécution, retards, absences peuvent motiver, de la part de l'employeur, une demande de dommages et intérêts contre la femme. Le mari en sera-t-il tenu? Pour répondre à cette question, il suffira de renvoyer aux explications que nous avons données au sujet de la femme commerçante; nous les résumerons en cette formule : le mari est tenu, même personnellement, des enga-

(1) Journ. *Le Droit*, 21 nov. 1903.

(2) *V° Gaz. des Tribunaux*, 2 juillet 1846.

gements de sa femme sous le régime de communauté ; sous tous les autres régimes, ces engagements lui restent parfaitement étrangers, même en ce qui concerne les droits de jouissance qu'il a sur les biens de sa femme sous le régime sans communauté et sous le régime dotal.

Remarquons que, dans l'hypothèse où la femme aurait été autorisée de justice, pour ceux qui admettent cette théorie, ses engagements ne pourraient, en aucun cas, obliger le mari, ainsi qu'il résulte de l'article 1426 du Code civil.

Indépendamment de ces conséquences pécuniaires, le contrat d'engagement peut avoir pour effet de porter indirectement atteinte à la puissance maritale. Le mari ne peut pas détourner la femme de son travail sans en devoir réparation à l'employeur ; il doit, d'un autre côté, se soumettre aux nécessités et aux usages du travail auquel il a autorisé sa femme. C'est ainsi qu'il ne pourra pas pénétrer dans l'établissement où se trouve cette dernière, si cette faculté est contraire aux règlements et à l'usage établi. Il est incontestable, en effet, que le mari ne peut pas circuler à sa guise dans les bureaux de poste, de télégraphe, dans les maisons d'éducation, dans les ateliers, etc., sous le prétexte que sa femme y est employée. S'imagine-t-on que les maris d'ouvrières en couture aient le droit de se promener dans les salons d'essayage ? Ce principe a été confirmé par un arrêt de la Cour de Montpellier (1), à propos des coulisses d'un théâtre : « Attendu, dit cet arrêt, que, d'une manière générale, les droits comme les devoirs du mari doivent faire attribuer à celui-ci la faculté d'être, comme le dit la sentence attaquée, « partout où est sa femme » ; — Mais, attendu que cette faculté peut être limitée ou réduite par le mari lui-même et qu'il est manifeste qu'il renonce, au moins implicitement, à cette faculté, lorsqu'il autorise sa femme, par exemple, à servir l'Etat dans une administration publique, à accepter un emploi commercial ou à contracter un engagement dans un théâtre ; qu'il est certain, dans ce cas-là, que l'autorisation maritale, concédée sans

(1) 7 nov. 1902. S., 1903. 2. 102.

réserve, implique par elle-même, virtuellement, l'adhésion de l'un et l'autre époux à la réglementation propre aux fonctions ou aux emplois acceptés par la femme ou gérés par elle ; — attendu que le mari se prévaudrait en vain des éventualités particulièrement compromettantes ou périlleuses présentées par certaines professions, du moment qu'il a bien voulu consentir, de son plein gré, à ce que ces professions soient adoptées ou suivies par sa femme. »

Cette solution est, à notre avis, parfaitement justifiée. Mais il faut remarquer que si le mari juge la profession dangereuse, ou si les conditions dans lesquelles elle s'exerce lui sont désagréables, il peut toujours révoquer l'autorisation donnée, quitte à payer à l'employeur des dommages et intérêts pour le préjudice que cette révocation peut lui causer. Il ne sera dispensé de cette réparation pécuniaire que s'il justifie d'une faute, soit de l'employeur, soit de sa femme, ainsi que nous l'avons dit plus haut.

CHAPITRE III

Des droits de la femme sur les produits de son travail

Ce qui fait d'un ensemble d'actes une profession, c'est le but lucratif, l'espoir ou la certitude d'une rémunération. Notre étude ne serait donc pas complète si nous ne recherchions pas quels sont les droits de la femme quant à la perception, la disposition et la propriété définitive des produits de son travail. Il est bien possible que ces revenus constituent pour elle une superfluité et qu'elle recherche seulement dans sa profession des satisfactions d'amour propre, ainsi qu'il arrive parfois pour la femme artiste. Mais il est douteux que, ce faisant, elle remplisse une profession ; si, d'ailleurs, quelques femmes font du travail pour le travail lui-même, la grande majorité n'y voit que le moyen de se procurer des ressources que les vices ou l'impérialisme d'un mari ont rendu utiles et souvent nécessaires.

La femme n'aura donc véritablement une capacité professionnelle que si elle a le droit de retirer de sa profession un certain profit. Ceci étant, la question de savoir si, valablement habilitée à faire le commerce ou à louer ses services, elle peut toucher les produits de ses efforts, semble empreinte d'une certaine ironie. La belle faveur qu'elle aurait obtenue de son mari lorsqu'il l'aurait autorisée à travailler pour lui-même !

En équité et en bonne logique, n'est-il pas juste que la femme jouisse de ses gains en pleine propriété ? C'est elle qui a pris la décision de travailler, c'est elle qui a fourni l'effort ; de quel droit le mari percevrait-il les revenus qu'elle a gagnés sans y être obligée et sur lesquels il ne pouvait pas compter ? Ne doit-on pas présumer enfin qu'elle en fera l'usage le plus raisonna-

ble? En admettant même qu'elle en disposerait avec une certaine légèreté, ce ne serait pas une raison de permettre à un mari fainéant ou malintentionné de s'approprier, j'allais dire de voler les gains péniblement amassés par une femme laborieuse.

Ces propositions sont évidentes; cependant le législateur, au lieu de les accepter, a consacré différents systèmes qui varient selon les régimes: nous étudierons successivement les régimes de communauté, sans communauté, dotal et la séparation de biens.

1. *Communauté*. — Des règles essentielles de ce régime il résulte que les gains de la femme tombent en communauté; le mari a le droit de les percevoir lui-même et il suffit d'un acte de volonté de sa part pour empêcher celle qui les a gagnés de les toucher. Les ayant perçus, il peut en disposer à sa fantaisie, aussi bien pour les besoins du ménage que pour ses plaisirs; ses créanciers personnels ont le droit de les saisir. De telles conséquences sont si révoltantes d'injustice, que, depuis quelques années, une levée de thèses s'est faite dans toutes les Facultés de France contre cette législation. Le Parlement fut même saisi à plusieurs reprises de projets à cet égard. Enfin une loi abolissant cette monstruosité fut votée par la Chambre le 27 février 1896; transmise au Sénat pour y être étudiée et votée d'urgence, elle fut confiée à une commission. En onze ans, cette dernière n'a pas trouvé le temps d'achever son rapport (1). La question étant devenue banale, nous nous contenterons de l'examiner rapidement en restant dans les généralités.

Pour comprendre le caractère odieux du système du Code Napoléon, il suffit de se reporter à une statistique faite en Angleterre et qui servit à préparer la belle réforme de 1882. On avait constaté que beaucoup d'hommes profitaient du salaire de leurs femmes, non seulement pour ne rien faire, mais encore pour s'enivrer. Certains mêmes, détail particulièrement atroce, usaient de ces revenus pour entretenir des concubines (2).

Il est vrai que, dans ces hypothèses, la femme peut demander

(1) Ce rapport a été récemment déposé le 20 mars dernier et a motivé le 43 mai une délibération du Sénat que nous étudions plus loin.

(2) RIBOT, Bulletin de la Soc. de législation comparée, décembre 1871, p. 10.

la séparation des biens : on a toujours admis, en effet, quoique cela réponde peu au texte de l'article 1443 C. civ., que cette séparation peut être prononcée même au cas où la femme n'a comme dot que son talent et son travail (1) ; mais une telle mesure offre en pratique bien des difficultés. Le régime de la communauté est surtout celui des pauvres gens ; l'instance en séparation est longue et compliquée : elle coûte cher en temps et en argent. L'assistance judiciaire n'empêchera pas les interruptions de travail et les journées perdues, qui pourront avoir souvent comme conséquence le renvoi de la femme du bureau ou de l'atelier. En supposant même la séparation obtenue, la situation de la femme deviendra dans le foyer des plus difficiles. Elle se sera vraisemblablement attiré la haine de son mari, avec toutes ses conséquences intimes et sans remède. Enfin les dissipations du mari peuvent être irrégulières et difficiles à prouver. Il peut conserver l'apparence d'un bon administrateur, la séparation ne sera pas prononcée, et la femme se trouvera ainsi spoliée de revenus légitimes sans pouvoir se défendre.

On a dit qu'elle trouvait une ressource dans les lois du 9 avril 1881 et du 20 juillet 1895 sur les Caisses d'épargne. Il nous sera facile de montrer que le secours apporté par ces lois à la femme est parfaitement illusoire, malgré les conséquences que leur ont données les règlements, conséquences certainement contraires à l'intention du législateur. Loin d'être des réformes en faveur de la femme, ces dispositions sont la condamnation des systèmes équitables précédemment admis dans la pratique, et le législateur a désavoué les manifestations féministes de la jurisprudence. Ces lois ne sont pas non plus, comme on l'a soutenu, des dérogations au régime de la communauté (2) : nous n'y voyons, quant à nous, que la consécration législative d'un fait légal.

Quelques explications éclairciront ces affirmations. Les instructions ministérielles du 17 décembre 1882 et du 4 juin 1887,

(1) POTHIER, *Traité de la commun.*, n° 152. — TOULLIER, t. I, 13, p. 53, n° 28. — AUBRY et RAU, t. V, § 316 texte et note 11. — Paris, 2 juillet 1878, D., 79. 2. 107.

(2) Ch. TESTARD, *Revue des travaux législatifs*, *Rev. crit.*, 1884, p. 379.

exigeaient pour que la femme mariée pût déposer ses fonds à la Caisse d'épargne, que le mari ait consenti au premier versement. Il y avait là une illégalité ; si l'on admet la nécessité de l'autorisation maritale, cette autorisation aurait dû intervenir pour chaque versement. D'autre part, les Caisses d'épargne ne délivraient les fonds qu'aux deux époux réunis et elles se refusaient absolument au retrait par l'un des époux seul. C'était encore là une illégalité, puisque le mari a le droit de disposer à sa guise des biens de la communauté, à laquelle ces sommes appartenaient sans nul doute. Ce système fut pourtant validé par la jurisprudence et il fallait que le mari eût recours à une instance judiciaire dont il payait les frais, pour obtenir remboursement des sommes versées.

Quand on vota la loi de 1881, on s'aperçut que l'autorisation n'était pas nécessaire pour que la femme pût verser et retirer à sa guise des fonds à la Caisse d'épargne, cette faculté résultant du mandat tacite qu'à la femme de faire aux lieu et place de son mari les actes qui concernent le mariage et l'administration intérieure. Mais comme ce mandat est révocable, le mari pouvait faire opposition au retrait par la femme des sommes versées et les toucher lui-même. La jurisprudence, favorable à la femme, prit le mot *opposition* dans son sens strict et décida qu'une saisie arrêt, avec toutes les formalités qu'elle comporte, était nécessaire pour que le mari pût toucher les deniers déposés par sa femme. Les frais restaient à la charge du mari (1).

Devant ces résultats, avec un zèle tout à fait insolite et digne d'une meilleure cause, le législateur se crut obligé d'intervenir. Il décida dans la loi du 20 juillet 1893 que la saisie arrêt n'était pas nécessaire et qu'une simple dénonciation à la femme était suffisante. Un mois après cette dénonciation, si le mari justifie que son régime lui donne le droit de toucher les sommes versées, il en obtiendra le remboursement. Il semblait que l'œuvre des Instructions ministérielles de 1832 et 1837, ainsi

(1) V° *Journ. des Caisses d'épargne*, 1891, p. 401 ; 1891, p. 242 ; 1891, p. 291 ; 1892, p. 214 ; 1893, p. 283 ; 1894, p. 176.

que celle de la jurisprudence postérieure à la loi de 1881 fût complètement détruite. Les économies de la femme devaient cette fois être livrées au mari, sans recours, par cette disposition ; mais il n'en fut rien. L'Instruction ministérielle multiplia tellement les formalités, pour que le mari pût justifier de sa qualité, que celui-ci a généralement intérêt à ne pas exercer son droit. Il lui faudra d'abord se procurer le livret, comme il le pourra, « sans que la Caisse ait à s'immiscer dans les difficultés entre époux ». Ceci fait, il devra présenter une expédition de son contrat de mariage ou produire un extrait de son acte de mariage, s'il est marié sans contrat. Enfin il devra justifier, par un acte de notoriété, qu'il n'est survenu ni divorce ni séparation de corps ou de biens.

Les lois de 1881 et de 1895 ont donc eu comme résultat effectif de permettre à la femme de déposer des fonds à la Caisse d'épargne et d'interdire au mari de les toucher. Mais cette protection pour la femme qui travaille est absolument illusoire, ainsi qu'il est facile de le démontrer. Remarquons d'abord que les règlements des Caisses d'épargne ne permettent à la femme de se réserver que des sommes relativement minimales ; en second lieu, si le mari a des difficultés pour retirer les fonds versés, il lui sera au moins facile d'empêcher sa femme d'en jouir en défendant à la Caisse d'épargne de les délivrer. Enfin, pour que la femme puisse déposer ses salaires, il faut qu'elle les ait préalablement touchés. Or nous avons vu que le mari avait le droit de les percevoir lui-même. A quoi se réduisent en définitive ces lois autour desquelles on a fait tant de bruit ? Simple-ment à la reconnaissance législative d'un fait légal indiscuté. le mandat tacite, et au point de vue de l'émancipation de la femme mariée, à rien.

Une autre disposition a étendu la capacité de la femme mariée relativement à ses salaires, c'est la loi du 20 juillet 1886 sur la Caisse nationale des retraites pour la vieillesse. Ici, il y a une véritable dérogation aux principes de la puissance maritale et des droits du mari comme chef de la communauté. Celui-ci ne peut plus faire opposition, comme dans les lois pré-

cédentes. Les versements faits par l'un des époux profitent séparément à chacun d'eux. Mais le mari peut toujours empêcher sa femme de déposer ses salaires, en les percevant lui-même. D'ailleurs cette loi n'a pas eu le succès qu'on en espérait ; elle a donné très peu de résultats dans la pratique, et malgré les avantages assez considérables qu'elle présente, elle n'a pas obtenu la faveur du public.

Le régime de la communauté livre donc, sans recours pratique, les revenus du travail de la femme au mari. Si l'on remarque que ce régime est celui de la classe laborieuse, c'est-à-dire de celle où les salaires ont le plus grand besoin d'être protégés, on s'aperçoit de l'injustice de notre organisation matrimoniale.

Les autres régimes offrent plus de ressources et de garanties à la femme ; mais la question y présente beaucoup moins d'intérêt. Le fait d'avoir fait un contrat dénote généralement une certaine aisance chez les époux : il y a déjà plus de chances pour que le travail de la femme ne lui soit pas nécessaire.

2. *Régime sans communauté.* — Dans ce régime, il est certain que le mari, administrateur et usufruitier des biens de sa femme, pourra percevoir les salaires de cette dernière et en jouir. Mais qu'adviendra-t-il de ces gains à la dissolution du mariage ? La question tient à ce que tous les biens qu'ils avaient avant le mariage ou qui leur adviennent pendant son cours restent propres à chacun des époux. Les fruits des biens de la femme sont seuls exceptés : le mari a le droit d'en jouir en pleine propriété, dans le but de subvenir aux besoins de l'association. Si donc les salaires de la femme constituent des fruits, le mari pourra les percevoir et en user sans avoir jamais à en rendre compte. Dans l'hypothèse contraire, il se verra obligé, à la dissolution du mariage, de les restituer en capital. La question, fort difficile, est très controversée. Certains prétendent que l'industrie est un bien dont le mari doit avoir la jouissance (1). Mais il nous semble plus juridique de décider, au contraire, que

(1) Trib. de la Seine, 17 déc. 1869. — Journ. *Le Droit* du 18 déc. 1869. — LAURENT, XXIII, n° 432. — BAUDRY-LACANTINERIE, t. III, n° 333.

les revenus du travail de la femme restent propres à cette dernière (1). Le Code civil a toujours distingué les produits de l'industrie et les fruits (art. 1498 et 387). Or dans l'article 1530, qui permet au mari de percevoir les fruits des biens de la femme, il n'est pas parlé des produits du travail de cette dernière. Nous croyons donc que le mari, s'il a le droit de jouir de ces revenus pendant le mariage, en devra, à la dissolution, la restitution complète.

3. *Séparation de biens.* — Sous ce régime, où les époux conservent en propre tous leurs biens, ainsi que leurs revenus, et où la femme administre seule et jouit de son patrimoine, les salaires de cette dernière ne peuvent pas être perçus par le mari. La femme les touche et en jouit selon sa fantaisie ; il y a cependant à cette liberté une grave restriction, et nous allons voir qu'elle peut être obligée de verser entre les mains de son mari une partie de ses gains. En effet, la femme séparée doit contribuer dans une certaine mesure aux dépenses du ménage : en cas de séparation conventionnelle et dans le silence du contrat, elle doit apporter à l'association le tiers de ses revenus ; en cas de séparation judiciaire, sa part est fixée proportionnellement à ses revenus et à ceux de son mari. Quoiqu'il y ait lieu de s'étonner de ces différences entre les deux sortes de séparation (2), il n'y a rien que de très juste dans le principe à ce que la femme participe aux charges du ménage ; mais où l'injustice commence, c'est lorsque la loi oblige la femme à verser sa part entre les mains du mari. Celui-ci peut en abuser sans qu'aucun recours soit possible contre lui. Ce résultat choquant, mais

(1) DEMOLOMBE, t. II, n° 314. — AUBRY et RAU, t. V, 331, texte et notes 18 et 19. — GUILLOUARD, t. III, n° 660.

(2) Cette fixation arbitraire de la part contributoire de la femme donne lieu à des injustices auxquelles la jurisprudence s'est efforcée de remédier. Il se peut que le tiers des revenus de la femme soit insuffisant pour faire vivre le ménage. Il serait étrange que la femme pût jouir des deux tiers de ses revenus alors que le mari et les enfants sont dans la misère. La jurisprudence, se basant sur les articles 203, 207 et 212 du Code civil, qui obligent les époux à se fournir mutuellement secours et assistance, condamne la femme à une contribution plus forte.

Cass., 2 juillet 1831. D., 51. 1. 272. — Cf. AUBRY et RAU, t. V, 332, p. 520. — GUILLOUARD, t. III, n° 1681, note 5.

légal, a été atténué par les tribunaux, qui ont permis à plusieurs reprises à la femme d'indemniser directement les créanciers, au lieu de verser sa part entre les mains du mari (1). Mais il faut bien convenir que cette jurisprudence, qui amoindrit ainsi la situation du mari est tout à fait contraire au texte et à l'esprit de la loi.

4. *Régime dotal.* — Dans ce régime, où l'on distingue deux sortes de biens, les dotaux et les paraphernaux, il s'agit de distinguer dans quelle catégorie doivent rentrer les salaires de la femme. Il ne peut pas y avoir de règle fixe à ce sujet : tout dépendra des modes et de l'étendue de la constitution de dot : si la femme se constitue en dot tous ses biens présents, les produits de son industrie se trouveront être paraphernaux ; si, au contraire, elle se constitue en dot ses biens présents et à venir, ou simplement ses biens à venir, les revenus de son travail se trouveront dotaux (2). Dans le premier cas, elle jouira de ses gains comme il lui plaira ; dans la seconde hypothèse, au contraire, la jouissance appartiendra au mari, sous l'obligation de les restituer en capital, à la dissolution du mariage, ainsi que nous l'avons décidé pour le régime sans communauté.

5. *Mesure des droits du mari sur les produits du travail de sa femme.* — Maintenant que nous avons déterminé les droits des époux selon les régimes, il importe de rechercher dans quelle mesure et dans quelles conditions les revenus que la femme gagne par son travail tombent au pouvoir du mari. La question se pose, soit à propos du commerce, soit à propos des autres professions.

D'après les règles que nous avons précédemment exposées, la femme marchande publique, ayant le droit de faire le commerce à sa guise, peut disposer librement de ses bénéfices, dans les limites toutefois des besoins de son négoce (3). Tant que ces

(1) Cass., 6 mai 1835. S., 35. 4. 415. — Cass., 8 avril 1851. S., 52. 2. 720.

(2) *Contra* : DEMOLOMBE, Cours de Dr. civil, t. IV, n° 345 et 346.

(3) Cette faculté résulte avec évidence des termes de la loi et du système appliqué à la femme mariée commerçante. aussi nous est-il impossible de nous expliquer un jugement du Trib. de la Seine du 27 mars 1840 (*Le Droit*, du 28 mars) qui soutient le contraire dans ses attendus.

bénéfices seront employés dans le commerce, ils échapperont aux droits du mari : ces droits ne pourront s'exercer que sur les gains définitifs après la cessation du commerce, ou sur ceux que la femme aurait employés en dehors des besoins de son exploitation, comme il arriverait si, de ses économies, elle achetait des immeubles ou des valeurs mobilières. Cette faculté constitue pour la femme un avantage considérable, surtout avec la jurisprudence actuelle qui permet à la justice d'arrêter les effets de la révocation par le mari de son autorisation. Dans ces conditions, il suffira à la femme marchande publique d'employer ses bénéfices dans son commerce pour les sauvegarder, durant le mariage, de la main-mise maritale.

Quant aux professions autres que le commerce, on s'est demandé s'il ne fallait pas distinguer du salaire brut le salaire net et séparer la partie de l'indemnité qui correspond au travail de celle qui correspond aux dépenses nécessaires à l'exercice de ce travail. Dans la carrière théâtrale, par exemple, il est d'usage que l'artiste fournisse elle-même ses costumes, dont l'ensemble représente quelquefois une très grande valeur. Il est évident que le salaire représente non seulement le travail fourni, mais les dépenses faites et à faire pour l'acquisition et l'entretien de la garde-robe. Si le mari a la prétention de toucher intégralement les salaires de sa femme, celle-ci, manquant par cela même de ses instruments de travail, ne pourra plus remplir sa profession. Aussi plusieurs auteurs ont-ils admis que le mari n'avait droit qu'au salaire net, et qu'il ne pouvait toucher les appointements de sa femme dans la proportion où ceux-ci sont nécessaires à l'exercice de son travail (1). Cette théorie se trouve opposée à la loi pour deux raisons : d'abord parce que la femme est incapable d'accomplir seule aucun acte juridique, si elle n'a pas été autorisée spécialement à le faire ; or nous avons dit plus haut que l'autorisation de faire un contrat de travail ne l'habilitait pas à faire seule les actes accessoires que nécessite la profession

(1) TROPLONG, *Contrat de mariage*, t. II, n° 979. — GUILLOUARD, *Contrat de mariage*, t. II, n° 764.

ou qui en résultent. N'ayant pas le droit d'acheter les instruments de son travail, de quel droit et pour quelle raison pourrait-elle toucher, seule et malgré son mari, la partie des appointements qui y correspond ?

Une autre raison, plus sérieuse encore, vient confirmer notre opinion : elle est tirée de l'article 1421 du Code civil, d'après lequel « le mari administre seul les biens de la communauté ». On ne peut pas présumer que le mari a renoncé à ce droit, puisqu'une telle renonciation lui est interdite par l'article 1388 du même Code. Voudrait-il même autoriser sa femme à toucher cette partie de ses salaires et à en user, il ne pourrait pas, car cela constituerait une autorisation générale et, par conséquent, nulle.

En conséquence, les salaires de la femme pourront être intégralement perçus par le mari ou saisis par les créanciers de ce dernier dans les régimes où il a le droit d'en disposer.

APPENDICE

Projets de réforme tendant à étendre les droits des femmes sur les produits de leur travail

La remise au Sénat, après onze ans d'attente, du rapport sur le salaire de la femme mariée, la récente délibération de cette assemblée à ce sujet nous obligent à passer rapidement en revue les tentatives faites en France pour donner à la femme mariée la liberté d'user des produits de son travail (1).

1. *Proposition Jourdan, Dupuy-Dutemps et Montaut (1890).* — L'honneur de cette première tentative revient incontestablement à M. Glasson, le regretté doyen de la Faculté de Paris, qui, en 1886, avait posé le problème dans un mémoire présenté à l'Académie des sciences morales et politiques et intitulé « le Code civil et la question ouvrière ».

Le savant auteur y montrait la triste situation de la femme de l'ouvrier, mariée généralement sous le régime de la communauté et n'ayant aucun recours possible contre son mari, ainsi que nous l'avons expliqué plus haut.

A la suite de cette campagne, M. Glasson rédigea, en collaboration avec M. Jalabert, une proposition de loi qui fut présentée à la Chambre des députés par MM. Jourdan, Dupuy-Dutemps et Montaut le 22 juillet 1890 (2).

(1) L'époque à laquelle ce projet a été voté ne nous a permis d'en faire qu'une étude hâtive. L'importance de la réforme méritait un commentaire étendu et détaillé; nous n'avons pu en faire qu'une analyse rapide et qu'une critique incomplète: nous espérons que le lecteur voudra bien en excuser la brièveté nécessaire et nous pardonner les incorrections possibles.

(2) *Journ. Officiel*, 1890. *Docum. parlement*, Chambre annexe 862.

Le projet contient deux réformes qui répondent à deux hypothèses différentes : l'inconduite du mari et le fait, par ce dernier, d'avoir abandonné le domicile conjugal.

Dans le premier cas, celle-ci peut, lorsque cette inconduite met en péril les intérêts du ménage, « sans demander la séparation de biens, obtenir de la justice, le droit de toucher elle-même les produits de son travail et d'en disposer librement » (art. 1^{er}). Cette demande est portée devant le juge de paix.

Dans le second cas, elle peut, non seulement, toucher ses salaires, mais en outre « obtenir du juge de paix l'autorisation de faire saisie-arrêter et de toucher les deux tiers des salaires ou émoluments du mari, si elle a à sa charge des enfants issus du mariage, le tiers, si elle n'en a pas » (art. 3).

Ce projet, qui envisage les deux côtés de la question, présente deux graves imperfections :

En premier lieu, il est d'une inefficacité pratique certaine : il oblige la femme à intenter une action contre son mari, ce qu'elle osera rarement faire, craignant avec raison les représailles de ce dernier, scènes intimes, violences morales ou physiques. La vengeance la plus simple, et qui enlèvera à la loi son effet, sera le retrait de l'autorisation donnée à la femme d'exercer une profession, ou le refus de consentement en cas de nouvel engagement.

En second lieu, la femme ne peut saisir-arrêter les salaires de son mari que dans le cas où ce dernier abandonne le domicile conjugal. Il en résulte que si le mari laisse dans le dénucement sa famille, sans avoir déserté son foyer, la femme n'aura pas d'action contre lui, alors qu'elle aura peut-être la charge supplémentaire de l'entretenir.

2. *Proposition Goirand (1894)*. — Le projet de loi présenté à la Chambre des députés le 9 juillet 1894 (1) par M. Goirand, député des Deux-Sèvres, contient une réforme à la fois plus radicale et moins complète. Elle se trouve condensée dans cet article : « Quel que soit le régime adopté par les époux, la

(1) *Journ. Officiel*. Séance du 9 juillet 1894. Annexe n° 801.

femme a le droit de recevoir, sans le concours du mari, les sommes provenant de son travail personnel et d'en disposer librement. Les pouvoirs ainsi conférés à la femme ne feront point échec aux droits des tiers contre les biens de la communauté. »

La réforme est plus radicale que celle proposée en 1890, parce qu'elle donne à la femme le droit de disposer des produits de son travail sans avoir à intenter une action contre son mari. Elle est moins complète en ce qu'elle ne permet pas la saisie arrêt des salaires de ce dernier. C'est déjà un inconvénient grave. Le projet Goirand en présente un autre. La femme peut bien disposer de ses salaires, mais les acquisitions qu'elle fait, les économies qu'elle réalise retombent sous les pouvoirs du mari, de sorte que la femme est réduite à l'alternative de dissiper ses gains ou de s'en voir dépouillée. C'est ce que reconnaissait M. Goirand lui-même dans son rapport : « Rappelons, disait-il, qu'aux regards des tiers comme au regard de son mari, dès que la femme a accaparé ses salaires et en a disposé, elle a épuisé son droit. Il en est de même si, au lieu de les dépenser, elle les laisse subsister sous forme d'économies (1). Ils sont alors abandonnés à l'administration du mari ».

3. *Proposition adoptée par la Chambre des députés.* — Les projets que nous venons d'examiner brièvement furent soumis à une commission, qui en adopta le principe général et qui les combina assez heureusement, dans une proposition déposée le 14 novembre 1895 et adoptée par la Chambre, le 27 mai 1896 (2). La femme a, d'une manière générale, « le droit de recevoir, sans le concours de son mari, les sommes provenant de son travail personnel et d'en disposer librement » (art. 1^{er}). De plus, en cas d'abandon par le mari du domicile conjugal, elle peut, avec l'autorisation du juge de paix, « saisir-arrêter et toucher des salaires ou des émoluments du mari une part en proportion de ses besoins et du nombre de ses enfants » (art. 2). Mais cette

(1) *Journ. Officiel*, Rapp. de M. Goirand. Annexe n° 1609.

(2) *Journ. Officiel*, Sénat. Séance du 2 mars 1896.

proposition laisse subsister l'inconvénient que nous avons signalé dans le projet Goirand : la femme est obligée de dissiper ses gains, si elle ne veut pas les voir devenir la propriété du mari. « Les biens acquis par la femme avec ses gains personnels appartiennent à la communauté », dit l'article 1^{er} (al. 2) et cette règle s'applique aussi aux économies, ainsi qu'il résulte des travaux parlementaires.

Il appartenait au Sénat de faire disparaître cette défectuosité.

4. *Proposition de loi adoptée en première délibération par le Sénat, le 14 mai 1907.* — La proposition de loi adoptée par la Chambre des députés, le 27 février 1896, avait été transmise au Sénat, qui la renvoya à une commission chargée de l'étudier. Elle mit onze ans pour revenir. Ce retard n'est pas à regretter s'il est la cause du progrès accompli par ce projet sur les précédents.

Le texte adopté par le Sénat sur la proposition de M. Gourju, est des plus intéressants, parce qu'il consacre de graves dérogations tant à la puissance maritale et à l'incapacité de la femme mariée qu'à l'organisation de nos régimes matrimoniaux. Il laisse cependant derrière lui beaucoup de questions non résolues et il se pourrait bien que cette réforme fût aussi illusoire que l'auraient été les précédentes. Les innovations réalisées peuvent se ramener à quatre.

1° La femme a, sous tous les régimes, la libre disposition de ses salaires. Elle en fait tel usage qui lui convient. Elle peut les employer à l'acquisition de valeurs mobilières et immobilières.

2° Les biens ainsi acquis forment un patrimoine réservé qui appartient à la femme et dont elle peut disposer à titre onéreux autant qu'il lui plaît. *Elle n'a pas besoin pour ce faire de l'autorisation de son mari ni de celle de la justice.* Elle peut de même, à l'égard de ces biens, intenter une action sans aucune autorisation.

3° Ces biens réservés sont le gage des créanciers de la femme. Ils sont aussi celui des créanciers du mari qui ont contracté dans l'intérêt du ménage, si cette faculté leur avait été accordée par la loi antérieure dans le régime qui les gouverne.

En conséquence, sous le régime de la communauté, les créanciers du mari qui ont contracté dans l'intérêt du ménage pourront saisir les biens acquis par la femme avec ses salaires.

4° Si la femme abuse des pouvoirs qui lui sont concédés par la loi, ceux-ci pourront lui être retirés, sur demande du mari, par le Tribunal civil et, en cas d'urgence, par le Président de ce tribunal.

5° Si le mari ne subvient pas, dans la mesure de ses facultés, aux besoins du ménage, la femme aura le droit de faire saisir-arreter, après autorisation du juge de paix, les salaires de son conjoint, pour une part proportionnelle à ses besoins.

Les innovations apportées par cette proposition de loi sont donc considérables. Cependant, comme nous le disions plus haut, il est douteux qu'elles aient le résultat pratique qu'on en attend. Il est certain, d'autre part, que tous les cas n'ont pas été prévus.

Bien que la date récente de cette disposition nous oblige à la commenter très brièvement, nous constaterons qu'elle offre les défauts et omissions suivantes :

1° Elle ne s'occupe pas du commerce. Faut-il assimiler cette profession aux autres et lui appliquer le texte nouveau ? En ce cas les bénéfices de la femme lui appartiendront intégralement et cependant, sous le régime de la communauté, le mari sera tenu des engagements commerciaux de sa femme. Obligé, sans participer au revenu, il sera placé dans une situation très désavantageuse. D'autre part, si le commerce est exclu de la présente proposition, comment expliquer la différence entre deux ordres de profession également intéressants ?

2° Dans le louage de services, il se peut que la femme contracte des engagements onéreux et que, de par son contrat, le mari en soit tenu. Est-il admissible, ainsi que nous venons de le faire remarquer tout à l'heure, que ce dernier puisse être obligé sans pouvoir espérer une compensation quelconque.

3° Du jour où la femme refusera de donner ses salaires à son mari, celui-ci aura un moyen des plus simples d'empêcher la femme de les toucher, ce sera de lui interdire toute profession,

soit en lui retirant son autorisation, soit en révoquant celle qu'il aurait donnée.

Ces trois remarques suffisent à montrer qu'une réforme partielle est insuffisante dans cette matière et que la liberté pour la femme de disposer de son salaire ne peut être obtenue que par la liberté pour elle d'exercer une profession. C'est ainsi que l'a compris le législateur allemand, dans sa magnifique réforme de 1900. Souhaitons que, dans sa deuxième délibération, le Sénat français s'aperçoive des lacunes de la loi qu'il est sur le point de voter définitivement et qu'il donne à la femme une situation juridique digne de la civilisation de notre pays.

Voici le texte de la proposition, telle qu'elle a été votée par le Sénat, le 14 mai dernier :

Article premier. — Sous tous les régimes et sauf clause contraire portée au contrat de mariage, la femme a sur les produits de son travail personnel et les économies en provenant les mêmes droits d'administration que l'art. 1449 du Code civil donne à la femme séparée de biens.

Elle peut en faire emploi en acquisitions de valeurs mobilières ou immobilières.

Elle peut, sans l'autorisation de son mari, aliéner à titre onéreux les biens ainsi acquis.

La présente disposition n'est pas applicable aux gains résultant du travail commun des deux époux.

Art. 2. — En cas d'abus par la femme des pouvoirs qui lui sont conférés dans l'intérêt du ménage par l'article précédent, notamment en cas de dissipation, imprudence ou mauvaise gestion, le mari pourra en faire prononcer le retrait, soit en tout, soit en partie par le Tribunal civil du domicile des époux statuant en chambre du conseil, en présence de la femme ou elle dûment appelée, le ministère public entendu.

En cas d'urgence, le Président du Tribunal civil du domicile des époux peut, par simple ordonnance sur requête, donner au

mari l'autorisation de s'opposer aux actes que la femme se propose de passer avec un tiers.

Art. 3. — Ces biens ainsi réservés à l'administration de la femme pourront être saisis par ses créanciers.

Ils pourront l'être aussi par les créanciers du mari qui ont contracté avec lui dans l'intérêt du ménage, alors que d'après le régime adopté ils auraient dû, antérieurement à la présente loi, se trouver entre les mains du mari.

La preuve que la dette a été contractée par le mari dans l'intérêt du ménage incombe au créancier.

Le mari n'est responsable ni sur les biens ordinaires de la communauté, ni sur les siens des dettes et obligations contractées autrement que dans l'intérêt du ménage par la femme, même lorsqu'elle a agi dans la limite des droits que lui confère l'article premier, mais sans autorisation maritale.

Art. 4. — En cas de contestation sur la consistance ou la provenance des biens réservés, ainsi saisis, la femme pourra la prouver par les moyens de droit commun et même par témoins, quel que soit le chiffre de la demande, sauf par la commune renommée.

Art. 5. — A la dissolution de la communauté, les biens réservés entreront dans le partage du fonds commun.

Si la femme renonce à la communauté, elle les gardera francs et quittes de toutes dettes autres que celles dont elles étaient antérieurement le gage en vertu de l'article 3 de la présente loi.

Cette faculté appartiendra à ses héritiers en ligne directe.

Art. 6. — La femme pourra ester en justice sans autorisation, dans toutes les contestations relatives aux droits qui lui sont reconnus par la présente loi.

Art. 7. — Faute par l'un des époux de subvenir spontanément, dans la mesure de ses facultés, aux charges du ménage, l'autre époux pourra obtenir du juge de paix du domicile du mari l'autorisation de saisir-arrêter et de toucher des salaires ou du produit du travail de son conjoint une part en proportion de ses besoins.

Art. 8. — Le mari et la femme seront appelés devant le juge

de paix par un simple avertissement du greffier en la forme d'une lettre-missive recommandée à la poste, indiquant la nature de la demande.

Ils devront comparaitre en personne, sauf le cas d'empêchement absolu et dûment justifié.

Art. 9. — La signification du jugement rendu en conformité de l'article 7 qui précède, faite au conjoint et aux tiers débiteurs à la requête de l'époux qui en bénéficie lui vaut attribution des salaires et produits à toucher sans autre procédure.

Art. 10. — Les jugements rendus en vertu des articles 2 et 8 de la présente loi seront exécutoires par provision, nonobstant opposition ou appel et sans caution.

Ils pourront toujours, même lorsqu'ils seront devenus définitifs, être modifiés si la situation respective le justifie.

CHAPITRE IV

De la femme séparée de corps

Sous le régime du Code civil, avant la loi du 6 février 1893, la femme séparée de corps était considérée simplement comme une femme séparée de biens. Elle était enchaînée par la même incapacité générale de disposer, de contracter et de plaider. Il lui était même interdit d'avoir un domicile particulier. La jurisprudence, poussée par des considérations pratiques de la plus haute importance, avait essayé de réagir contre cet état de choses : c'est ainsi qu'elle avait accordé à la femme séparée de corps la faculté d'avoir un domicile distinct. C'est ainsi qu'elle avait donné le pouvoir à la justice de l'autoriser à faire le commerce. Ces décisions, outre qu'elles étaient d'une fixité douteuse, rendaient la matière des plus délicates et des plus complexes.

Il n'en est plus ainsi depuis la loi du 6 février 1893 qui a, entre autres innovations, remplacé l'article 311 du Code civil. Le troisième alinéa de ce nouvel article donne à la femme séparée de corps « le plein exercice de sa capacité civile sans qu'elle ait besoin de recourir à l'autorisation de son mari ou de justice ». En conséquence, elle peut librement faire le commerce, louer ses services, jouir des produit de son travail et en disposer. Cette règle s'applique aussi bien dans le cas où la séparation a été prononcée aux torts de la femme que dans celui où elle a été prononcée à son avantage. Pour le reste, cette dernière est placée sous le régime de la séparation de biens ; ses salaires lui appartiennent en pleine propriété ; ses engagements n'obligent pas le

mari ; elle peut enfin avoir un domicile distinct (art. 108, nouvel alinéa).

La loi donnant à la femme séparée de corps la même liberté qu'à la femme non mariée, il serait inutile de l'étudier plus longuement si elle ne contenait pas d'autres dispositions qui, anodines en apparence, entraînent cependant les conséquences les plus remarquables. A la vérité, ce n'est pas de la femme séparée de corps dont nous voulons parler, mais ce n'est pas non plus de la femme mariée ordinaire : c'est d'un être juridique particulier, fort étrange dans notre droit : la femme réconciliée.

Lorsque la séparation de corps cesse par réconciliation, la femme redevient incapable, et cette conséquence est des plus logiques. Cette incapacité est seulement celle de la femme séparée de biens judiciairement, car il n'y a pas de raison pour que la séparation de biens s'éteigne avec la séparation de corps. Il n'y a rien dans tout ceci que de très naturel. Mais l'étrangeté apparaît en ceci que la femme réconciliée peut, vis-à-vis des tiers, rester capable comme avant la réconciliation. L'article 311 (al. 4) déclare en effet : « Cette modification n'est opposable aux tiers que si la reprise de la vie commune a été constatée par acte passé devant notaire, avec minute, dont un extrait devra être affiché en la forme indiquée par l'article 1443 et, de plus, par la mention en marge : 1° de l'acte de mariage ; 2° du jugement ou de l'arrêt qui a prononcé la séparation, et enfin par la publication en extrait dans l'un des journaux du département recevant les publications légales. »

Si, sans avoir accompli ces formalités, les époux reprennent la vie commune, la femme va se trouver mariée tout en conservant, en fait, son indépendance. En effet, le mari n'a guère qu'un moyen de sanctionner l'incapacité de sa femme, c'est son action contre les tiers. Il peut, comme nous l'avons vu, soit faire annuler l'acte passé sans son consentement, soit intenter une demande en dommages et intérêts contre l'employeur qui a fait travailler la femme malgré sa défense. Ici, démuné de cette double ressource, il est donc désarmé.

Il existe, par conséquent, en droit français, un cas où la

femme mariée sans être divorcée ni séparée de corps échappe à l'incapacité générale organisée par le Code civil, et cette bizarrerie méritait d'être signalée.

Pour le reste, la femme réconciliée est soumise au droit commun. Le régime primitif des époux peut être rétabli de leur consentement mutuel. Il leur suffira d'accomplir les formalités exigées par les articles 1431 et 1443 du Code civil tant au point de vue de la rédaction de l'acte qu'au point de vue de sa publicité.

CHAPITRE V

Des modifications apportées par la jurisprudence au régime du Code civil

Il est difficile de donner une idée générale de la jurisprudence au sujet des matières que nous venons d'étudier. Les décisions n'interviennent guère que pour élucider certains points de fait, sans oser s'attaquer aux questions de principe : les jugements se suivent, disparaissent : les mêmes Cours et les mêmes Tribunaux se contredisent à quelques années de distance. Existe-t-il même une jurisprudence au sujet de la capacité professionnelle de la femme mariée ? On peut le nier et cependant il est certain qu'une tendance se découvre facilement parmi ces solutions particulières et contradictoires : vis-à-vis du Code, nos juges sont libéraux et féministes. Ce féminisme serait peu de chose pour un théoricien ; il est beaucoup pour des tribunaux chargés d'interpréter strictement la loi. Et que l'on ne croie pas que cette tendance soit le produit de l'évolution des idées qui se manifeste depuis une trentaine d'années dans l'Europe entière. Au contraire, les plus graves atteintes au système du Code civil, et qui sont de véritables dérogations, sont relativement anciennes. La loi y est violée avec ingénuité (1), alors que nos tribunaux actuels, qui la respectent strictement dans le principe, la tournent dans le détail en pratique avec une subtilité dont ils ont pleinement conscience. La raison en tient certainement à ce que le Code est beaucoup mieux connu qu'autrefois. Mais, quoi qu'il en soit,

(1) V^o notamment Aix, 9 janvier 1866. D., 67. 3. 33. Cass., 27 janv. 1863. D., 63. 3. 38.

la nouvelle jurisprudence apporte chaque jour, avec plus d'apparence de légalité et avec autant de conviction, une décision nouvelle favorable à l'émancipation de la femme mariée. Incapables de modifier le Code dans ses éléments essentiels, les juges le plient aux besoins les plus pressants de la pratique ; au système légal ils ont au moins réussi à enlever certaines aspérités.

Ce système peut, d'après nous, se résumer ainsi : La femme a besoin de l'autorisation maritale pour exercer une profession ; cette autorisation ne peut pas être suppléée par justice, soit que le mari la refuse, soit même qu'il soit incapable de la donner. Cette règle ne souffre pas d'exception, elle s'applique même aux cas où les époux sont séparés de biens, même dans l'hypothèse où la femme a été laissée sans ressources. Cette autorisation peut toujours être révoquée par le mari sans que la justice puisse intervenir.

Dans le commerce, la femme autorisée a le droit de faire tous les actes nécessaires ou utiles à son négoce, sauf certaines exceptions importantes, notamment le droit d'ester en justice. Dans les autres professions, l'autorisation devant être spéciale s'applique seulement au contrat d'engagement nettement déterminé et la femme a besoin de nouvelles autorisations pour les contrats accessoires que peut nécessiter son travail.

Le salaire ou le bénéfice de la femme est, dans la plupart des régimes, la proie du mari : il en est propriétaire dans la communauté, il en jouit à charge de récompense dans le régime sans communauté ; il en est de même sous le régime dotal, si la femme s'est constitué en dot ses biens à venir. Même dans le cas de séparation de biens, la femme pourra être obligée de verser une partie de ses salaires entre les mains du mari. Si ce dernier n'a droit qu'au bénéfice définitif, lorsque sa femme est commerçante, en revanche, dans les autres professions, il a droit au salaire brut, sans déduction de la partie consacrée aux dépenses que la femme n'a, d'ailleurs, pas le droit de faire seule.

Ce système, des plus sévères et des plus injustes pour la

femme, a vu quelques-unes de ses conséquences atténuées par les tribunaux, ainsi que nous l'avons remarqué au cours de cette étude. Nous allons résumer rapidement cette jurisprudence.

Que la femme ait besoin de l'autorisation maritale, cela n'a jamais fait de doute; mais l'autorisation judiciaire dont nous avons nié la possibilité a été admise dans plusieurs circonstances. Certains arrêts avaient même voulu que cette intervention de justice fût recevable dans tous les cas, sous le prétexte que l'article 249 du Code civil n'admet aucune exception (1), mais ces décisions n'ont pas fait jurisprudence. En revanche, l'autorisation de justice est reconnue valable quand le mari est mineur, prodigue, pourvu d'un conseil judiciaire (2) ou lorsque les époux sont séparés de biens; il en était de même avant la loi de 1893, lorsque les époux étaient séparés de corps (3). Il en est de même pour le louage d'industrie, lorsque le mari a abandonné sa femme, sous prétexte qu'il a donné à cette dernière mandat tacite d'entretenir le ménage (4).

La révocation de l'autorisation présente de tels dangers pour la femme que les tribunaux ne pouvaient pas manquer d'y remédier, aussi est-il unanimement admis qu'en cas de révocation arbitraire de son autorisation par le mari, la justice peut intervenir. Il a même été jugé que le mari ne pouvait pas retirer son consentement s'il avait autorisé sa femme à contracter avec un tiers une société de commerce (5).

Les pouvoirs qu'acquiert la femme devenue commerçante ont été légèrement étendus dans la pratique. Nous ne ferons que citer un arrêt de la cour d'Aix du 9 janvier 1866 (6) donnant à la femme marchande publique le droit d'ester en justice sans autorisation spéciale, arrêt trop illégal pour avoir fait jurispru-

(1) Grenoble, 27 juillet 1863. D., 63. 5. 38. — Paris, 3 janvier 1868. D., 68. 2. 28.

(2) Paris, 13 novembre 1866. D., 66. 2. 245.

(3) Paris, 24 octobre 1844. S., 44. 2. 581. — Grenoble, arrêt précité. — Cass., 17 janvier 1881. D., 81. 1. 225.

(4) Rouen, 4 février 1878. D., 78. 2. 258. — Cass., 6 août 1878. D., 79. 1. 400.

(5) Cass., 9 nov. 1839. S., 60. 1. 74.

(6) D., 67. 5. 35.

dence. Mais il est admis que la femme peut, en vertu d'une autorisation de plaider au sujet d'un objet, suivre toutes les actions qui peuvent s'y rapporter (1) et, dans certains cas, une seule autorisation vaut pour plusieurs degrés de juridiction (2). Enfin il est admis que, pour l'exercice de son commerce, la femme possède un domicile particulier, contrairement à l'article 108 du Code civil qui ne lui reconnaît que le domicile de son mari (3).

En ce qui concerne le contrat de travail, de notables dérogations ont été apportées au Code, en faveur de la femme mariée, par les tribunaux. C'est ainsi que plusieurs arrêts ont permis l'autorisation tacite en matière d'engagement professionnel (4), contrairement à l'art. 217 C. civ. C'est ainsi encore que, pour faciliter les engagements de la femme, on a validé des autorisations données d'une manière générale et déterminées seulement dans le genre de la profession (5), de façon à ce que la femme n'ait pas besoin de son mari au moment où l'emploi se présente. Enfin il est à peu près admis que la femme mariée, obligée de cesser son travail pour faire ses couches, a droit à son salaire pendant le temps normal d'un accouchement régulier (6).

Les tribunaux ont bien essayé de protéger les produits du travail de la femme mariée, mais comme il leur eût fallu modifier les régimes matrimoniaux et violer ouvertement la loi, ils n'ont pu le faire d'une façon efficace. Certaines décisions témoignent de leur bonne volonté. Ils ont permis à la femme, même dans le cas où cette dernière n'aurait aucune dot, le droit de demander la séparation de biens, si le mari dilapide les salaires qu'elle gagne (7), et ils ont donné à la femme séparée de biens le droit d'indemniser directement les créanciers du

(1) Cass., 10 nov. 1862. D., 63. 1. 212.

(2) Cass., 25 févr. 1879. D., 79. 1. 138.

(3) Cass., 12 juin 1883. D., 83. 1. 283.

(4) Cf. Paris, 23 août 1831. D., 32. 2. 10.

(5) Trib. Seine, 26 août 1842. Journ. *La Loi* du 27 août 1842. — Paris, 30 oct. 1885. Journ. *La Loi* du 31 oct. 1885.

(6) Trib. com. Nancy, 14 mai 1843. *Gaz. Trib.*, 13 mai 1843.

(7) Paris, 2 juillet 1878. D., 1879. 2. 107.

ménage, au lieu de verser sa part contributoire dans les mains du mari (1).

Tel est, à peu près, le bilan des modifications introduites par les tribunaux. Il est manifeste que c'est tout à fait insuffisant. La femme dont le mari est absent, aliéné, interdit, ou refuse son consentement, peut se trouver réduite à la misère par la mauvaise volonté ou simplement l'incapacité de son mari. Si elle veut louer ses services, il lui faudra des autorisations spéciales pour les achats qu'elle aura besoin de faire pour sa profession. Enfin, ses salaires pourront se trouver dévorés par un mari paresseux, ivrogne ou débauché.

Les autres nations européennes ont toutes jugé opportun de faire à ce sujet des réformes plus ou moins importantes. Nous allons voir comment, et dans quelles mesures certaines législations étrangères ont déterminé les droits des femmes.

(1) Cass., 8 avril 1834. S., 52. 2. 720.

DEUXIÈME PARTIE

De la capacité professionnelle de la femme mariée dans certaines législations étrangères

Depuis une trentaine d'années, un mouvement considérable s'est produit dans le monde en faveur de la femme en général et de la femme mariée en particulier. De tous côtés, les législations se débarrassent de leurs duretés et de leurs injustices vis-à-vis des femmes. Certaines nations se sont contentées d'étendre leur capacité sous le contrôle de la justice ; mais certaines autres, plus libérales, leur ont accordé d'emblée, une indépendance complète, une pleine capacité, une situation égale enfin à celle de l'homme en ce qui concerne l'exercice des droits civils. Dans les droits politiques eux-mêmes, les femmes ne sont pas sans avoir fait de notables conquêtes. La Finlande voyait pour la première fois, en mai 1907, des femmes siéger à la Chambre des députés, et l'on peut prévoir l'époque où les *suffragettes* d'Angleterre obtiendront le succès qu'elles poursuivent avec une infatigable activité.

Quoi qu'il en soit, des réformes importantes ont presque universellement consacré le droit pour la femme d'exercer, sous certaines conditions, une profession et de toucher les produits de son travail.

Il est intéressant de rechercher de quelle manière et dans quelle mesure les législations étrangères ont étendu la capacité professionnelle de la femme mariée, de quelle façon elles ont su conserver l'unité de l'association conjugale, tout en supprimant les rapports de subordination qui existaient entre les

époux. Cette étude nous permettra, d'une part, de constater la profonde infériorité du Code Napoléon sur ce sujet et, de l'autre, de voir, d'après ce qui a été fait, ce que l'avenir peut et doit légitimement apporter d'améliorations au sort de la femme mariée.

ALLEMAGNE

C'est au législateur allemand que revient l'honneur d'avoir établi entre les époux l'égalité juridique et d'avoir su concilier l'indépendance de la femme avec les droits légitimes du mari et les exigences du mariage. Une telle œuvre n'était certes pas facile : outre les difficultés inhérentes à cette matière, les réformateurs ont eu à vaincre bien des partis pris et des préjugés, et ce n'est qu'après de nombreux tâtonnements qu'ils sont arrivés à un résultat définitif. De nombreux projets se sont succédé, devenant chaque jour plus favorables à l'indépendance de la femme mariée et enfin le Code civil allemand (1) a fini par consacrer un système libéral dont nous allons essayer de donner une rapide analyse.

Tout d'abord, la puissance maritale est supprimée ; et les époux sont placés sur un pied d'égalité. Ils sont liés l'un à l'autre en tant qu'associés et non plus par des rapports de subordination. Le mariage n'est plus qu'une véritable société dans laquelle chacun apporte ses biens et ses aptitudes.

Ceci décidé, il eût été logique de donner aux époux toute latitude pour déterminer leurs fonctions dans cette association et de laisser prendre naturellement à chacun la place qui lui convient le mieux, selon ses dispositions et son tempérament. C'était là la théorie de Stuart Mill. Mais le législateur, dans la crainte d'une anarchie conjugale, d'ailleurs problématique, a préféré répartir à l'avance et d'une manière générale les rôles de chacun. La femme a le droit et le devoir de s'occuper du ménage ; c'est la *schlüsselgewalt*, ou pouvoir des clés. Le

(1) Le Code civil allemand (Bürgerliches Gesetzbuch) a été voté par le Reichstag, le 1^{er} juillet 1896, publié au Bulletin législatif impérial, le 24 août 1896, et est entré en vigueur le 1^{er} janvier 1900.

mari a le pouvoir de *décision*, c'est-à-dire qu'en cas de conflit, c'est sa volonté qui l'emporte. Il peut ainsi restreindre les droits de sa femme, mais à condition que sa décision soit juste et légitime, qu'elle ne choque ni les mœurs ni les usages, qu'elle ne constitue pas enfin ce que les Allemands appellent un *abus de droit*. Dans ce cas-là, en vertu de la maxime que « le droit cesse où commence l'abus », la femme pourrait avoir recours au juge et faire casser, s'il y avait lieu, la décision maritale.

En définitive, la puissance maritale est supprimée en théorie ; elle cesse d'être le droit commun, mais le mari conserve certaines prérogatives, à condition de n'en user que dans une mesure raisonnable.

Quant à l'exercice des droits civils, droits de disposer, de contracter, de plaider, la femme est pleinement indépendante et le législateur allemand a fait bonne et complète justice du système à la fois si absurde et si immoral de l'incapacité de la femme mariée.

Ces principes généraux établis, la loi prévoit les cas où la femme remplit une profession : il a créé en cette matière des systèmes qui sont près d'atteindre la perfection et qui concilient également les intérêts du mari, de la femme et du mariage.

Comme nous l'avons fait précédemment, il nous faut séparer le commerce du louage d'industrie.

§ 1^{er} *Femme mariée commerçante*

L'ancienne loi allemande consacrait un système analogue à celui du droit français. La femme mariée avait besoin de l'autorisation du mari pour devenir ce que nos textes appellent « marchande publique » ; cette autorisation pouvait être tacite ; elle était toujours révocable (1). Le nouveau Code de commerce a supprimé ces dispositions (2). Il est resté muet sur ce sujet. Il faut donc se reporter au droit commun et accorder à la femme

(1) Code de commerce de 1861, devenu loi fédérale de 1869, loi d'Empire de 1871, loi sur le change de 1848.

(2) Code de commerce du 10 mai 1897, entré en vigueur le 10 janvier 1900.

mariée la pleine liberté de faire le commerce. Les actes qu'elle accomplit en ce sens sont toujours valables et le mari n'en peut pas demander la nullité. Il peut, en vérité, s'opposer au commerce de sa femme en vertu de son droit de décision (art. 1354 C. civ.), mais ce droit est à peu près dépourvu de sanction et n'en a guère d'autre en définitive que le divorce.

Un semblable système appliqué purement et simplement aurait pu avoir des inconvénients considérables; les engagements de la femme auraient pu compromettre les biens sur lesquels le mari a un droit de jouissance ou de disposition sous certains régimes, et bien plus, il aurait pu lui-même se trouver obligé, sans avoir le pouvoir d'empêcher un tel résultat. C'était injuste et inadmissible. La loi a tranché cette difficulté en consacrant le système suivant :

Le mari veut-il donner à sa femme tous pouvoirs de disposition, il l'autorise à faire le commerce. Cette autorisation peut être tacite et le mari est réputé l'avoir donnée lorsque la « femme exerce cette profession lucrative à la connaissance et sans protestation du mari » (art. 1403 C. com.).

Veut-il, au contraire se soustraire, ainsi que les biens sur lesquels il a des droits, aux conséquences des engagements commerciaux de sa femme, il lui suffira, soit de retirer son consentement s'il l'a donné expressément, soit, dans le cas contraire, de faire une opposition (*Einspruch*) à l'exercice de ce commerce. Ceci fait, les engagements de la femme ne seront plus opposables au mari et cette dernière ne pourra engager ses biens que dans la mesure où elle en aura la disposition. Le mari est maître absolu de ne pas donner son consentement et de faire opposition; il défend des intérêts dont il est seul responsable et qui lui appartiennent. Aucune puissance ne peut le forcer à changer sa décision, même injuste. Mais de telles mesures, pour être opposables aux tiers, doivent être portées à leur connaissance, car ils sont réputés croire à l'autorisation tacite. La loi a prévu à cet égard un système d'inscription et de publicité suffisant pour donner toute sécurité aux créanciers de la femme mariée commerçante.

En résumé, le Code allemand consacre et concilie deux importants principes : dans l'ordre personnel, l'indépendance commerciale de la femme mariée ; dans l'ordre pécuniaire, la protection du mari, tant au point de vue de ses propres intérêts que de ceux du ménage qu'il est chargé d'administrer.

§ 2. *Contrat de travail*

On peut définir le contrat de travail, d'après la conception allemande, celui par lequel un individu s'engage vis-à-vis d'un autre, moyennant rétribution, à fournir une prestation qu'il doit accomplir en personne. Une telle définition comprend non seulement le louage de services proprement dit (la *locatio operarum* des Romains) que nous avons, en droit français, distingué du commerce, mais aussi certaines professions qui, tout en faisant partie du commerce, n'en comportent pas moins un engagement personnel. C'est ainsi que nous comprendrons dans le contrat de travail le louage d'industrie que les Romains appelaient *locatio operis* et qui constitue généralement un acte de commerce. Enfin nous appliquerons les mêmes règles au contrat par lequel une personne s'engage comme associée dans une société de commerce.

Notre matière ainsi limitée, voyons comment le législateur allemand a déterminé la capacité de la femme qui s'engage par un contrat de travail (1). Le système du Code civil, excessivement intéressant au point de vue social, peut se condenser en cette formule :

La femme est libre de choisir et d'exercer librement telle profession qui lui plaît, mais les époux peuvent, sur l'initiative du mari, obtenir de la justice la résiliation pure et simple de l'engagement professionnel de la femme, s'il est prouvé que l'activité de cette dernière porte atteinte aux intérêts conjugaux.

(1) Les règles que nous allons étudier s'appliquent non seulement à l'engagement à titre onéreux, tel que nous venons de le définir, mais à tous les engagements personnels même gratuits : il en est ainsi des cas où la femme a assumé un mandat, reçu une chose en dépôt, etc., etc.

A vrai dire, c'est là plutôt le résultat de la loi que son texte. Tout d'abord, il est certain que l'indépendance de la femme peut être contrariée par le droit de décision du mari, mais nous avons déjà montré que ce droit, plus théorique que pratique, était à peu près dépourvu de sanction. Quant au droit de résiliation du contrat d'engagement, avant d'en étudier le mécanisme, il importe de se rendre un compte exact des rôles respectifs des époux dans le mariage. Comme nous l'avons déjà dit, le mari et la femme sont considérés comme des associés entre lesquels les fonctions sont légalement réparties.

Le premier a la direction générale de l'association, qu'il représente grâce à son pouvoir de *décision*, il a voix prépondérante dans les conflits qui peuvent naître journellement. Mais ne faisons pas de confusion, il est gérant de la société sans être maître de sa femme ; il perd donc tout pouvoir lorsque les intérêts du mariage ne sont plus en jeu, et sur la personne même de sa femme il n'a qu'un droit illusoire.

Les attributions et les droits de la femme sont plus humbles et plus définis. Elle a d'abord un pouvoir de contrôle, en ce qui concerne les intérêts du mariage, sur les actes de son mari : elle peut attaquer les décisions de ce dernier devant le *juge des tutelles*, arbitre spécialement créé pour les difficultés familiales. En ce qui fait partie de la gestion de la société conjugale, il est incontestable qu'elle joue un rôle de second ordre. Sa fonction normale, celle pour laquelle la nature l'a spécialement prédisposée, parce qu'elle est femme et parce qu'elle est mère, est évidemment la direction du ménage. Cette direction doit être pour elle à la fois un droit et un devoir. Il eût été logique que ce droit fût absolu et ne pût être retiré que pour des raisons graves ; il eût été juste que ce pouvoir, tirant sa source dans la loi, ne pût être enlevé à la femme ou restreint que par le juge. C'est la solution admise par l'avant-projet de Code civil suisse et cela correspondait parfaitement aux coutumes germaniques qui veulent que la femme soit reine dans son foyer. Le législateur n'a pas osé aller jusqu'à cette conséquence. Il a bien fait de la *schlüsselgewalt* un droit pour la femme,

mais, influencé par les théories romaines et les souvenirs du droit civil français, il a consacré le système exactement inverse à celui que nous proposons. Le mari peut retirer, restreindre ou modifier la *schlüsselgewalt*, et c'est la femme qui doit attaquer ces décisions devant le juge des tutelles si elle les croit injustifiées (art. 1337). Quoi qu'il en soit, il n'y en a pas moins là un respect de la capacité de l'épouse à peu près inconnu dans les autres législations ; il est simplement regrettable que ce soit la femme qui soit obligée de prouver qu'elle n'a pas commis de faute.

Si le rôle domestique de la femme est un droit, c'est aussi pour elle un devoir. Elle a l'obligation de s'occuper de sa maison, c'est-à-dire de toutes les nécessités ménagères et d'aider, quand il le faut, son mari dans l'exercice de sa profession, pourvu que ces différents travaux soient d'usage dans la situation des époux (art. 1336). Il est facile de comprendre qu'une telle obligation est à peu près dépourvue de sanction, puisqu'elle ne comporte pas d'exécution forcée, mais il n'en était pas moins important d'en insérer le principe dans la loi à titre d'indication pour tous les cas où il sera utile de déterminer les situations respectives des époux.

C'est ainsi que la connaissance de ce devoir de la femme nous sera très utile pour étudier comment et dans quelles conditions l'engagement professionnel de cette dernière peut être résilié. Le cas est prévu dans l'article 1338 qui est ainsi conçu :

« Lorsque la femme s'est engagée envers un tiers à une prestation personnelle, le mari peut dénoncer le rapport juridique sans observer un délai de dénonciation, *si, sur sa requête, le tribunal de tutelle l'y a autorisé. Ce tribunal doit donner l'autorisation s'il est prouvé que l'activité de la femme porte atteinte aux intérêts conjugaux.* »

Le droit de dénonciation est exclu, lorsque le mari a donné son assentiment à cette obligation ou que cet assentiment a été suppléé à la requête de la femme par le tribunal de tutelle. Le tribunal de tutelle peut suppléer quand le mari, par absence ou maladie, est empêché de déclarer sa volonté et qu'il y a péril

en la demeure ou quand le refus d'assentiment constitue un abus de droit. Tant que la communauté domestique est interrompue, le mari n'a pas le droit de dénoncer.

L'assentiment, comme la dénonciation, ne peut être donné par un représentant du mari. Dans le cas même où la capacité du mari serait restreinte, il n'aurait pas besoin à cette fin de son représentant.

La femme qui veut exercer une profession a donc le choix entre deux partis à prendre : ou s'engager purement et simplement, ou se faire préalablement autoriser de son mari ou de justice, afin d'éviter dans l'avenir toutes difficultés. Si elle s'engage sans l'assentiment de son mari, ce dernier pourra dénoncer le contrat, mais sous la condition de se faire autoriser à cette dénonciation par le juge des tutelles. Il devra être prouvé que l'engagement de la femme nuit aux intérêts conjugaux. Une semblable preuve serait exigée si le mari refusait son consentement, dans le cas où sa femme le lui demanderait.

Il est assez facile d'apercevoir en quoi consistent ces intérêts conjugaux. L'exécution du contrat de travail ne doit pas nuire à la femme en tant qu'épouse et mère ; elle ne doit pas être un obstacle à certains devoirs moraux qui sont de l'essence même du mariage ; et enfin elle ne doit pas empêcher l'accomplissement des fonctions attribuées légalement à la femme. C'est à cause de cette dernière obligation que se manifestera le plus souvent le droit du mari. En effet, le résultat d'une occupation extérieure ne peut être que de distraire la femme de ses occupations intérieures. Abandonne-t-elle ou néglige-t-elle simplement sa *schlüsselgewalt* ; sa profession est-elle tellement absorbante que les soins à donner à sa maison en souffrent d'une manière sensible, le mari aura une raison suffisante pour obtenir la résiliation du contrat d'engagement.

Mais, et c'est là le point le plus curieux du système allemand, cette résiliation prononcée n'oblige pas en fait, et faute de sanction, la femme à quitter sa profession, ni l'employeur à la renvoyer : la femme a seulement le droit, à partir de ce moment, de cesser son travail sans devoir de dommages et intérêts à l'em-

ployeur ; la résiliation obtenue devient pour elle un instrument dont elle peut user suivant sa volonté.

En résumé, l'article 1338 n'ajoute rien aux pouvoirs du mari ; il permet seulement aux époux de briser d'un commun accord et sous le contrôle de la justice l'engagement trop lourd pour la femme ou dangereux pour la sécurité du mariage. « Supposons, en effet, dit M. Léon Lyon-Caen, que, croyant d'abord pouvoir concilier ses devoirs domestiques avec sa profession, elle s'aperçoive plus tard que les deux choses sont incompatibles ; la voilà dans une impasse. Prise entre deux devoirs également impérieux, celui de respecter la parole donnée, celui de diriger le ménage et d'élever les enfants, elle est impuissante par elle-même à résoudre ce conflit puisqu'elle est tenue vis-à-vis du tiers. Seul le mari peut dénoncer le rapport juridique, libérer la femme, la rendre à son intérieur » (1). Ce pouvoir est d'ailleurs établi de telle sorte qu'il donne satisfaction aux intérêts de tous : la femme conserve son indépendance, la famille est sérieusement protégée, l'intervention judiciaire sauvegarde le droit des tiers.

§. 3. *Droits de la femme sur les produits de son travail*

En l'absence de conventions matrimoniales à cet égard, le Code allemand attribue à la femme une certaine quantité de biens dont elle est présumée s'être réservé l'administration et la jouissance. Ce patrimoine mis à part (*Vorbehaltsgut*), retiré de l'administration maritale au profit de la femme, comprend, après plusieurs autres, les biens que celle-ci « acquiert par son travail ou par l'exercice personnel d'une profession lucrative. »

Cela revient à dire que, sauf convention contraire, la femme dispose pleinement des produits de son travail.

(1) LÉON LYON-CAEN, La femme mariée allemande (Thèse), p. 128.

ANGLETERRE (1)

Si le Code allemand est la seule œuvre législative où la condition des femmes ait été rationnellement établie et organisée, en revanche, c'est l'Angleterre qui conservera la gloire d'avoir propulsé les idées féministes et d'avoir su passer du régime le plus dur pour la femme mariée au régime le plus libéral. Cette transformation fut presque spontanée, puisqu'elle s'est effectuée dans une douzaine d'années. Le législateur anglais a, par deux dispositions successives, anéanti tout ce qui constituait, depuis des siècles, le régime des femmes. Il était, à vrai dire, vigoureusement soutenu par l'opinion publique et par les écrivains qui faisaient une ardente campagne en faveur de l'émancipation féminine. Stuart Mill, qui se fit l'apôtre de cette émancipation, peut certainement revendiquer une large part de la gloire qui revient aux auteurs de la réforme.

Jusqu'à la loi de 1870, la femme n'avait aucune capacité professionnelle, par cela même qu'elle n'avait aucune liberté. En entrant dans le mariage elle se transformait en esclave de son mari; ce dernier devenait son maître, son *lord*, avec tous les pouvoirs du seigneur sur le serf, droit d'obéissance et droit de correction. Ce dernier droit ne devait pas se transformer en abus; le mari ne devait infliger à sa femme que des peines modérées; mais cette modération était toute relative, ainsi qu'on peut s'en rendre compte en lisant Stephen (t. II, p. 259). Le mari, dit-il, pouvait, pour certains délits « flagellibus et fustibus acriter verberare uxorem »; pour les délits de moindre importance, il avait seulement le droit de « modicam castigationem adhibere ». Les mœurs avaient sensiblement adouci les conséquences de ce droit de correction; la flagellation n'était plus permise, mais le mari avait encore le pouvoir d'incarcérer sa femme et de suspendre sa liberté, en cas de manquement à ses devoirs d'épouse.

(1) V° LEHR, Éléments de droit civil anglais. — STEPHEN, Commentaire des lois de l'Angleterre.

Dans l'ordre juridique, la femme n'était guère mieux traitée ; le mariage faisait disparaître complètement sa personnalité, qui se confondait avec celle du mari. Les époux ne formaient qu'une seule personne légale, une « identité », selon le mot de Stephen, un être unique enfin, mais où le mari avait tous les pouvoirs. La femme placée sous la puissance du mari, qui la « couvrait » de sa protection et de sa responsabilité, était nommée *feme covert* ; son état vis-à-vis du mari s'appelait *coverture*. Il en résultait qu'elle ne pouvait avoir aucun droit : un seul cependant lui était réservé par la loi, le droit de propriété sur ses immeubles, mais elle n'en jouissait guère puisque les revenus en appartenaient au mari ainsi que le produit de la vente qui aurait pu en être faite. Cette vente, d'ailleurs, était difficile à effectuer : il fallait le consentement de la femme, du mari et de justice. Sauf ce droit de propriété, le mari possédait tous les autres : droit d'administration des immeubles de la femme, droit de disposition des meubles de cette dernière, qu'elle les ait eus avant son mariage ou qu'elle les ait acquis par son travail. L'ensemble de ce système ressemblait donc, avec plus de dureté, mais aussi avec plus de logique, à notre communauté légale. Son inconvénient le plus visible était l'impossibilité pour la femme d'être propriétaire de meubles : aussi la jurisprudence avait-elle autorisé certains expédients pour remédier à cet état de choses ; notamment la femme pouvait recourir à un fideicommissaire *trustee*, qui conservait ses biens et lui permettait d'en jouir. Cette ressource, qui n'appartenait qu'aux femmes riches, possédant des capitaux, laissait à la disposition du mari les meubles des femmes pauvres, leurs économies, les produits de leur travail. La loi du 9 août 1870 donna, sur ce point, satisfaction à ces dernières en leur laissant la propriété et la jouissance de leurs salaires, sauf l'obligation de contribuer légèrement, dans certains cas, à l'entretien du ménage. La femme n'en restait pas moins, à cette exception près, l'esclave de son mari, lorsque fut promulguée la loi du 10 août 1882. Depuis cette date, la femme anglaise jouit d'une liberté à peu près complète. Sauf en ce qui concerne ses immeubles, elle a

le droit de disposer de ses biens, de contracter et de plaider. Elle peut remplir une profession quelconque, louer ses services ou exercer le commerce sans autorisation maritale. En ce qui concerne ses immeubles, elle ne peut en disposer, contracter ou plaider à leur sujet qu'avec le consentement de son mari, mais ce consentement peut être suppléé par celui de justice.

En revanche, le mari n'est pas obligé par les engagements de sa femme, il est tenu simplement des obligations que cette dernière contracte, en vertu du mandat tacite, pour l'entretien et les besoins du ménage.

Ayant la libre disposition de ses biens meubles, la femme qui exerce une profession touche donc seule et dépense librement les produits de son travail, salaires ou bénéfices. Ce droit est absolu : il n'est même pas restreint par l'obligation qui pèse en France sur la femme séparée de biens, de contribuer pour une part quelconque aux dépenses du ménage. Cependant, si le mari est indigent, elle doit payer à la paroisse les sommes dépensées pour l'entretien de ce dernier et elle est tenue de subvenir aux besoins de ses enfants dans les mêmes conditions qu'une veuve.

DANEMARK

La femme mariée danoise est placée à peu près dans la même situation que la femme mariée française : le mari est maître de la femme et chef de la communauté. Cependant les droits de la femme qui exerce une profession ont été sensiblement étendus par une loi du 7 mai 1880. Aux termes de l'article 1 : « La femme mariée a seule le droit de disposer entre vifs, sans le consentement de son mari ni d'aucun autre tuteur, des produits de son industrie personnelle, lorsque cette industrie n'est point alimentée ou entretenue en majeure partie des deniers du mari ou de la communauté, ainsi que tous les objets qui sont prouvés avoir été acquis pour l'exercice de cette industrie. Les dettes du mari ne peuvent être exécutées sur ses biens pendant la vie de la femme à moins qu'elle n'ait consenti à l'obligation » (1).

(1) V° *Annales de législ. étrang.*, t. X, p. 533.

ÉTATS-UNIS DE L'AMÉRIQUE DU NORD

La législation du mariage est très variée aux États-Unis : chaque État a ses règles particulières, les lois fédérales sur ce sujet étant peu nombreuses et peu importantes. A défaut de disposition légale spéciale, la *common law*, c'est-à-dire le droit appliqué en Angleterre au siècle dernier, reste en vigueur. La femme mariée, dans ce système, voit, nous l'avons dit, sa personnalité noyée dans celle du mari ; elle n'a donc ni liberté effective ni capacité juridique. A cette règle brutale, beaucoup d'États de l'Union ont apporté des transformations radicales. La réaction fut si intense que la loi d'asservissement fut remplacée dans la plupart des cas par une loi de liberté absolue.

Dans l'État de *New-York* une loi du 28 mai 1884 (1) a permis à la femme mariée (ch. 381) de « contracter dans les mêmes conditions et dans les mêmes formes que si elle n'était pas mariée. Elle oblige sa fortune personnelle, que l'engagement ait ou non rapport à son commerce ou à ses propres » (2). Une autre loi de 1902 lui accorde le droit de disposer librement de ses salaires.

Dans l'État de *Massachusetts*, la femme a été émancipée, sans restriction, de la puissance maritale par une loi de 1874 (ch. 184) (3).

L'État de *Colombie* a effectué la même réforme dans sa loi du 1^{er} juin 1896 (4). Le mari, ni ses créanciers ne peuvent prétendre aucun droit sur les biens de la femme, qui restent la propriété exclusive de cette dernière (*her sole an separate property*). Au point de vue de sa capacité, la femme mariée est aussi indépendante que l'homme : elle peut disposer de ses biens à sa guise, contracter (art. 2), plaider librement (art. 4). Quant au sujet particulier qui nous intéresse, elle a la même liberté. Elle peut,

(1) Cette loi a été complétée par une loi de 1892, permettant les contrats entre époux.

(2) *Ann. de législ. étrang.*, t. XIV, p. 774.

(3) *Op. cit.*, t. V, p. 836.

(4) *Op. cit.*, t. XXVI, p. 731.

selon l'article 3, « *faire le commerce, soit seule, soit conjointement avec d'autres personnes, se livrer à tout travail. Les bénéfices ou gains qu'elle retire de son commerce ou de l'exercice d'un emploi ou d'une profession sont sa propriété exclusive. Elle peut en faire usage ou les placer en son nom.* »

Enfin, une réforme à peu près semblable, quoique plus restreinte, a été effectuée en *Pensylvanie* par les lois du 3 juin 1887 (1) et du 8 juin 1893 (2) : une seule restriction est apportée à l'indépendance absolue de la femme mariée : elle a besoin de l'autorisation maritale pour hypothéquer.

ITALIE (3)

Le Code civil italien admet, comme le Code Napoléon, le devoir d'obéissance et l'incapacité de la femme mariée, mais il a remédié à la plupart des inconvénients que nous avons signalés dans la législation française. La femme qui veut être marchande publique a besoin en principe de l'autorisation maritale. Mais cette obligation ne sera plus nécessaire si le mari est mineur, interdit, absent ou si, étant condamné à plus d'un an de prison, il subit sa peine. Il en est de même si la femme veut exercer une autre profession et, en général, si elle veut faire un acte juridique quelconque.

En cas de refus du mari, la justice peut autoriser à sa place, sous la condition de l'avoir préalablement entendue en chambre du conseil. Enfin, l'autorisation ne sera pas nécessairement spéciale, comme elle l'est en France, pour tous les cas autres que le commerce : il n'y a même pas de limites à la généralité possible du consentement, qui pourra comprendre tous les actes d'une même nature. La femme pourra donc être autorisée à exercer soit telle profession qui lui plaira, soit une profession déterminée avec tous les contrats d'engagement et les actes accessoires que cette profession pourra nécessiter. Enfin, toutes

(1) *Ann. de législ. étrang.*, t. XVII, p. 895.

(2) *Op. cit.*, t. XXIII, p. 796.

(3) V° *Huc*, Code civil italien.

les fois que le mari révoquera son autorisation, la justice pourra intervenir pour la maintenir, s'il y a lieu.

RUSSIE

La législation générale de la Russie est très dure pour la femme, qu'elle oblige à une obéissance absolue envers son mari ; il n'y a pas, à la vérité, d'incapacité juridique proprement dite : au contraire, la femme peut librement aliéner et contracter : la séparation de biens est le régime légal russe. Mais ce devoir d'obéissance est tellement absolu, qu'il donne prise au mari sur les biens de sa femme et qu'en fait cette dernière se trouve le plus souvent privée de l'exercice de la capacité que la loi lui reconnaît. Mais si le mari est absent, ou fou interné, ou prisonnier, ou simplement s'il se dispense d'exercer ses pouvoirs d'époux, la femme se trouve libre de prendre une profession, de contracter, de disposer de ses biens, de percevoir les produits de son travail et d'en jouir à sa volonté.

Dans certaines provinces, comme la Pologne et la Finlande, la femme est juridiquement incapable, comme en droit français, et a besoin de l'autorisation de son mari pour tous les actes qu'elle veut accomplir. Cependant, la *Finlande* a apporté à sa législation de notables réformes, et dans la loi du 17 décembre 1888 (1) il est décidé que la femme mariée a le droit de faire le commerce ou d'exercer une industrie dans les mêmes conditions que toutes personnes, dans les hypothèses suivantes : le mari est absent ; il est sous la tutelle de sa femme ; il a abandonné cette dernière ; il a été condamné à plus d'un an d'emprisonnement ; les époux sont séparés de corps ou de biens.

SUISSE

La Suisse n'a pas encore de Code civil et les règles applicables à la condition de la femme mariée varient selon les cantons. Le principe général est la subordination de la femme au mari,

(1) *Ann. de législ. étrang.*, t. XVIII, p. 833.

telle qu'elle est établie dans le Code Napoléon. Cependant, des différences séparent assez nettement les législations cantonales. Les Codes de la Suisse romande (Fribourg, Genève, Tessin, Neuchâtel, Valais et Vaud) sont la reproduction à peu près textuelle de nos lois. Dans les cantons de la Suisse centrale (Argovie, Berne, Soleure), la dureté s'atténue tout au moins quant à la forme ; et enfin les législations des cantons du Nord-Est (Zurich, Appenzell, Glaris, Grisons, Schaffhouse, Thurgovie et Zoug) sont déjà sensiblement plus libérales.

En attendant de donner à la Suisse une législation générale, le département fédéral de justice et de police a rédigé un avant-projet de Code civil qui modifie considérablement la situation de la femme dans le mariage. Cette dernière n'est plus, dans ce projet, une subordonnée, mais une égale, avec des pouvoirs déterminés qu'elle exerce souverainement. C'est ainsi qu'elle est chargée et qu'elle a le droit de diriger le ménage. Contrairement à ce qu'a décidé à ce sujet le Code allemand, le mari ne peut pas lui retirer ce droit ; il peut seulement en demander au juge la déchéance, si la femme en a abusé (art. 187). De même, cette dernière pourra se faire réintégrer judiciairement dans ses pouvoirs s'il est jugé qu'elle le mérite (art. 188).

La femme est pleinement libre et capable : elle peut donc, ainsi que le reconnaît l'article 190, « exercer une profession ou une industrie, pourvu qu'il n'en résulte ni préjudice, ni péril pour la prospérité commune ». Si le mari juge la profession nuisible aux intérêts de l'association conjugale, il pourra en faire la défense à sa femme ; mais celle-ci aura le droit de demander la main levée de cette défense au juge, qui l'accordera s'il trouve l'intervention maritale trop peu sérieusement motivée. C'est donc le contraire de ce qui existe en Allemagne. Dans les deux législations, la femme peut bien exercer, sans autorisation, la profession qui lui plaît, mais dans le Code allemand, c'est le mari qui demande au juge de faire cesser le travail de sa femme, alors qu'ici c'est la femme qui fait appel contre la décision du mari.

Quant aux produits de son travail, la femme a sur eux des

droits plus ou moins étendus, suivant le régime matrimonial. Le régime légal est l'union des biens (art. 202) analogue à notre communauté d'acquêts. Chaque époux conserve ses apports : les acquêts appartiennent au mari. Les revenus de la femme étant des acquêts, les produits de son travail peuvent donc être la proie du mari. Il est vrai que la femme peut disposer de tous les biens de l'association conjugale dans la mesure où elle représente cette association, c'est-à-dire pour tous les besoins du ménage qu'elle est chargée de diriger. Néanmoins, cette faculté est insuffisante et nous souhaitons que, dans le Code définitif, la femme puisse intégralement profiter des revenus de sa profession.

CONCLUSION

Comme nous venons de le voir, la vieille théorie de la femme sujette de l'homme s'écroule dans toutes les législations. Le *mundium* germanique, le système de la *coverture* en Angleterre ont disparu, chassés déjà dans le lointain de l'histoire par la civilisation. En France, le temps n'est peut être pas loin où l'on effacera de nos Codes les articles qui concernent la puissance maritale et l'incapacité de la femme mariée. On peut enfin espérer qu'un jour toutes les nations civilisées remplaceront les rapports actuels de subordination qui règnent entre les époux par une égalité absolue de droits et de devoirs, de telle sorte que soit justifiée la définition que Portalis donnait du mariage : « *Société de l'homme et de la femme qui s'unissent pour perpétuer leur espèce, pour s'aider, par des secours mutuels, à supporter le poids de la vie et pour partager leur commune destinée.* »

Quant à la question particulière qui nous préoccupe, ce ne sera pas assez de supprimer la puissance maritale pour la résoudre, il faudra, en outre, ouvrir à la femme, d'une manière générale, l'accès de toutes les professions. Pour légitimer cette prétention, il nous suffira, en dehors des arguments déjà exposés dans notre Introduction, de jeter un coup d'œil sur l'évolution du travail à travers les âges. On peut dire qu'il est passé par trois phases successives.

Dans la première, l'organisation de la société n'ayant pas occasionné les mêmes compétitions qui règnent aujourd'hui entre les individus, le travail était considéré simplement comme une peine et non comme une richesse. Pour cette raison,

l'homme s'en débarrassait sur ceux que leur infériorité ou les circonstances avaient soumis à sa puissance. Il en résultait deux classes : l'une jouissant de la suprématie, tour à tour guerrière ou oisive selon les événements ; l'autre, assujettie, obligée à un travail dont elle ne tirait aucun bénéfice. Ce fut l'esclavage, le *travail forcé*.

Dans la seconde phase, il se produisit un phénomène intéressant. Entre les deux classes que nous venons de distinguer, il s'en glissa une troisième, intermédiaire, travaillant librement et jouissant des produits de son travail. La *profession*, avec les caractères constitutifs que nous avons analysés plus haut, fut alors créée, mais avec de curieuses restrictions. Le travail, étant devenu une richesse, fut accaparé. Il se forma des corps de métiers qui eurent le privilège d'exercer seuls des genres d'ouvrages nettement délimités, mais à qui, en revanche, il fut interdit, d'une manière absolue, de sortir de leurs attributions. Ce fut ce que nous appellerons la période du *travail monopolisé* et de la *spécialisation nécessaire*.

Enfin, la troisième phase nous montre les corporations effondrées. Un nouveau système s'est organisé, abolissant les anciennes restrictions et reposant sur la seule concurrence. C'est la période actuelle du *travail libre* (1).

La femme a suivi partiellement la même évolution, mais avec plus de lenteur. D'abord chargée par l'homme des plus durs travaux, elle en fut écartée lorsqu'ils devinrent productifs. Cette transformation fut évidemment un bien pour elle, mais un bien tout à fait relatif, car l'accaparement des professions laissa à l'homme un pouvoir considérable sur l'autre sexe. La servitude de la femme fut plus douce, mais ce fut toujours une servitude.

L'innovation de Turgot aurait dû être suivie d'une réforme plus complète. Il appartenait à la Révolution de proclamer

(1) Nous voulons simplement parler de la liberté juridique. Nous n'avons donc pas à nous occuper de la gêne qui a pu résulter pour l'ouvrier de notre régime économique ni à rechercher si *le capital* est, comme on l'a soutenu souvent, un moyen d'asservissement du travailleur.

l'égalité des sexes, au moins dans le travail. Elle n'en fit rien. La femme est restée incapable d'exercer la plupart des professions libérales; l'homme se les est réservées, les jugeant plus agréables que les autres. Les situations permises aux femmes étant limitées, il en est résulté une compétition plus grande, de cela même un abaissement des salaires, c'est-à-dire une nouvelle infériorité.

Il est vrai que depuis quelques années, il semble que le travail de la femme commence à entrer dans la dernière phase de l'évolution que nous signalions tout à l'heure. Il y a maintenant des femmes dans les services publics, des femmes médecins, pharmaciens, avocats; une chaire en Sorbonne a été accordée à M^{me} Curie, etc. L'éducation même s'est modifiée pour elles; les lycées de jeunes filles, les écoles supérieures leur donnent une instruction sensiblement égale à celle des jeunes gens. Elles ont le droit de fréquenter la plupart des enseignements et d'obtenir la plupart des diplômes. N'est-on pas fondé à conclure que l'époque n'est pas lointaine où toutes les carrières seront ouvertes également aux deux sexes? Pourquoi la femme ne ferait-elle pas à son tour la conquête de cette égalité et de cette liberté que l'homme a acquises après une lente évolution? Il n'y a pas de raison sérieuse de la lui refuser et c'est une singulière contradiction que de poser le principe de la libre concurrence et d'admettre ensuite que plus de la moitié du genre humain y fait exception.

La première réforme que nous demandons au législateur est donc de laisser aux femmes la faculté générale d'accéder à toutes les professions. Nous en exceptons, au moins provisoirement, certaines fonctions qui se rattachent directement à l'exercice du pouvoir et qu'il serait prématuré et imprudent de confier aux femmes dans notre pays.

Pour la femme en général, nous demanderons une seconde réforme. La société se ressent de ce qu'elle a été organisée par l'homme et pour lui seul. Montaigne disait : « Les femmes n'ont pas tort du tout quand elles refusent les règles de vie qui sont introduites au monde, d'autant que ce sont les hommes qui les

ont faites sans elles » (1). Nous dirons de même qu'elles ne peuvent accepter de remplir des professions, sans que celles-ci soient modifiées conformément à leur tempérament et à leur constitution. On nous répondra avec assez de raison que le soin de cette adaptation revient à la nature et non au législateur. Mais il est cependant un cas où l'intervention de ce dernier semble nécessaire : c'est celui de la grossesse. Cet état de la femme l'oblige à cesser momentanément son travail et la prive de son salaire au moment où il aurait pour elle le plus d'utilité. Il appartient à la société, puisqu'elle profite de la fécondité, de faire disparaître cet inconvénient. Et si l'on trouvait cette intervention extraordinaire, nous répondrions que la nation entretient bien pendant des années les hommes chargés de la défense du territoire ; n'est-il pas aussi logique qu'elle nourrisse les femmes, lorsque ces dernières lui font des enfants ?

La difficulté consiste à trouver le mode d'intervention de la société. Pour nous, il suffirait qu'une loi obligeât l'employeur à payer son salaire à la femme pendant la durée normale d'un accouchement régulier. Cette disposition serait d'ordre public et applicable, malgré une stipulation contraire. Le patron pourrait trouver une ressource dans le mutuellisme. Il s'assurera contre les *accidents heureux* de la maternité, comme il s'assure contre les accidents malheureux prévus par la loi du 9 avril 1898.

Ces modifications apportées à la situation de la femme en général, voyons de quelle façon on pourra donner satisfaction aux intérêts légitimes de la femme mariée. L'œuvre à effectuer est délicate et complexe ; elle nécessite des innovations nombreuses et une refonte complète de nos régimes matrimoniaux. Pour nous, les réformes à accomplir peuvent se ramener à sept :

1° Ainsi que nous l'avons dit plus haut, les articles organisant la puissance maritale et l'incapacité de l'épouse devront être supprimés purement et simplement.

2° Les obligations qui résultent incontestablement du mariage,

(1) MONTAIGNE, Essais, L. III, ch. V.

assistance réciproque, éducation et entretien des enfants, etc., seront conservées. La loi pourra même déterminer, au moins à titre d'indication, les attributions respectives des époux : ayant une énergie toujours disponible, le mari sera chargé de subvenir aux besoins du ménage ; la femme sera tenue de diriger son intérieur. Le travail professionnel de cette dernière sera donc une possibilité plutôt qu'une obligation ; ce n'est que subsidiairement qu'elle pourra être forcée d'entretenir la communauté dans le cas où le mari serait incapable de le faire.

3° Ces obligations seront sanctionnées tant à l'égard du mari qu'à l'égard de la femme. Le premier pourra faire résilier l'engagement professionnel de son épouse, si le travail de cette dernière l'empêche de s'occuper utilement de son intérieur. Mais cette résiliation ne sera opposable qu'aux tiers et sera sans effet vis-à-vis de la femme, car la liberté effective de celle-ci doit être conservée. En cas de dissentiment profond, le divorce sera la seule ressource. Nous demandons donc sur ce point l'application exacte du système allemand.

Le mari pourra, en outre, faire saisir-arrêter dans une certaine proportion les salaires de sa femme, s'il est décidé par le juge que la communauté en a besoin, mais un droit identique appartiendra à la femme vis-à-vis du mari.

4° La femme sera non seulement chargée du ménage, mais elle aura le droit de diriger son intérieur. Ce pouvoir ne pourra lui être enlevé que par le juge, s'il est reconnu qu'elle en abuse.

5° Pour tous les litiges qui pourraient naître entre les époux, il ne serait pas inutile de créer une juridiction spéciale, analogue au *juge des tutelles* en Allemagne. Les juges de paix ou les présidents de tribunaux pourraient être chargés de cette fonction. Le Tribunal civil jugerait en appel et en dernier ressort.

6° Les produits du travail des époux leur resteraient propres, et il ne pourrait pas être dérogé à cette règle, même par contrat de mariage.

7° La liberté pour la femme d'exercer librement une profession, le droit pour elle de toucher ses gains et d'en user sont inconciliables avec l'organisation actuelle de nos régimes matri-

moniaux. Il importe surtout que le régime légal soit transformé et que l'antique communauté disparaisse de notre droit comme régime de droit commun. Elle devra être remplacée par un système qui laisse intacts et les droits de la femme et les droits du mari. Tel est le critérium qui doit guider le législateur dans sa recherche. Pour nous, la séparation de biens est le seul régime qui réponde parfaitement à ces conditions.

Mais en admettant que cette réforme soit effectuée, l'indépendance professionnelle de la femme sera encore susceptible d'avoir pour le mari des conséquences désastreuses. Supposons que les époux se soient volontairement mariés sous le régime de communauté et que la femme exerce le commerce : les obligations de cette dernière engageront personnellement le mari sans qu'il puisse échapper à cette conséquence. Le remède à cette situation consisterait à consacrer un système analogue à celui appliqué en Allemagne. Si le mari ne veut pas être responsable des engagements commerciaux de sa femme, il lui suffira de faire une opposition qui sera rendue publique, selon des formes spéciales, pour garantir les droits des tiers. Quant aux autres professions, l'article 1426 (C. civ.) pourrait rester en vigueur, de telle sorte que la femme n'engagerait le mari que si ce dernier l'avait autorisée.

Tel est, rapidement énoncé, le bilan des réformes que nous désirerions voir s'accomplir prochainement en faveur de la femme mariée. Ce désir n'a rien de déraisonnable et le nouveau Code allemand a montré que les innovations que nous proposons sont parfaitement réalisables en législation et en pratique. Autant que les femmes allemandes ou anglaises, les femmes françaises sont dignes d'être dotées d'indépendance. Souhaitons donc que le législateur, élargissant le projet qu'il est sur le point de rendre définitif, le transforme en loi générale d'émancipation des femmes.

Celles-ci, capables alors de manifester leur énergie selon leur tempérament, leurs aptitudes et leurs goûts chercheront et trouveront leur voie dans le champ illimité du travail. Par la concurrence, elles se classeront dans le cercle de leurs attributions ;

grâce à la liberté, elles rempliront les fonctions que la nature leur a dévolues, non plus en esclaves mais en souveraines. La famille prendra sa forme à la fois définitive et naturelle, où l'homme et la femme se compléteront sans se combattre et les deux sexes auront dans le monde la place que leur déterminait déjà Xénophon, bien avant les théories féministes, puisqu'il est dit que souvent les idées les plus nouvelles se découvrent chez les Anciens :

« Les deux sexes, dit-il, dont chacun pris à part et dans son isolement resterait imparfait ont été créés en vue l'un de l'autre et se complètent mutuellement. A l'homme le travail du dehors, la vie en plein air, le défrichement, les semailles, les plantations, l'élève des troupeaux, le soin de veiller à la sûreté extérieure de la famille. A la femme le travail du dedans, la vie intérieure, la garde des provisions, la préparation des laines, le tissage des habits, la nourriture, l'éducation et l'innocence des enfants. *Associée de l'homme, sa compagne et son égale, elle est reine dans sa maison* » (1).

(1) XÉNOPHON, Traité de l'Économique. (Trad. Talbot.)

VU : *Le Professeur, Président de la thèse :*

P. DE LOYNES.

VU : *Le Doyen :*

H. MONNIER.

VU ET PERMIS D'IMPRIMER :

Bordeaux, le 4 juin 1907

Le Recteur de l'Académie :

R. THAMIN.

Les visas exigés par les règlements ne sont donnés qu'au point de vue de l'ordre public et des bonnes mœurs (Délibération de la Faculté du 12 août 1879).

BIBLIOGRAPHIE

- ACCARIAS. — Précis de droit romain. Paris, 1886-1891.
- ALAUZET. — Commentaire du Code de commerce et de la législation commerciale, 3^e éd. Paris, 1879.
- ANNUAIRE de *Législation étrangère*.
- AUBRY et RAU. — Cours de droit civil français, 4^e éd. Paris, 1869-1878.
- BAUDRY-LACANTINERIE et HOUQUES-FOURCADE. — Des personnes. Paris, 1896-1900.
- BEDARRIDE. — Commentaire du Code de commerce. Paris-Aix, 1864.
- BEUDANT. — Cours de droit civil français. Paris, 1896.
- BOISTEL. — Précis de droit commercial, 3^e éd. Paris, 1884.
- BRAYARD-VEYRIÈRES et DEMANGEAT. — Traité de droit commercial, 2^e éd. Paris, 1888-1892.
- BULLETIN de la *Société de Législation comparée*, traduit et annoté.
- Code civil allemand. Paris, 1904-1906.
- Code civil belge. Bruxelles, 1883-1886.
- Code civil suisse. Avant-projet du département fédéral de justice et police. Paris, 1900.
- Code civil suisse. Exposé des motifs de l'avant-projet du département fédéral de justice et police. Paris, 1900.
- COLMET DE SANTERRE. — Cours analytique du Code Napoléon. Paris, 1849-1880.
- CUBAIN. — Traité du droit des femmes en matière civile et commerciale. Paris, 1842.
- DELALANDE. — Etude sur la propriété littéraire. *Revue pratique du Droit français*, 1878.
- DEMANTE. — Cours analytique de Code civil. Paris, 1849-1884.
- DEMOLOMBE. — Traité du mariage. Paris, 1869.
- DURANTON. — Cours de droit civil français, 4^e éd. Paris, 1844.
- GIDE. — Etude sur la condition privée de la femme, 2^e éd. Paris, 1885.
- GLASSON. — Rapport sur le concours pour le prix du budget (Législation). Autorité maritale. Académie des sciences morales et politiques. T. 150.
- Le Code civil et la question ouvrière. Paris, 1886.
- GUILLOUARD. — Traité du contrat de louage. Paris, 1884-1885.
- Traité du contrat de mariage. Paris, 1885-1888.
- HUC. — Commentaire théorique et pratique du Code civil. Paris, 1892-1903.
- Le Code civil italien et le Code Napoléon, 2^e éd. (traduction Orsier). Paris, 1868.
- LABOULAYE. — Recherches sur la condition civile et politique des femmes depuis les Romains jusqu'à nos jours. Paris, 1843.

- LACAN et PAULMIER. — Traité de la législation et de la juridiction des théâtres. Paris, 1853.
- LAURENT. — Principes de droit français. Paris-Bruxelles, 1870-1903.
- Avant-projet de Code civil belge. Bruxelles, 1885.
- LEHR. — Eléments de droit civil anglais, 2^e éd. Paris, 1906.
- Mariage, divorce et la séparation de corps dans les principaux pays civilisés. Paris, 1899.
- LERoy-BEAULIEU (Paul). — Travail des femmes au xix^e siècle.
- LOCRE. — Législation civile, commerciale et criminelle de la France. Paris, 1829-1830.
- LYON-CAEN. — La femme mariée allemande. Thèse Paris 1903.
- LYON-CAEN et RENAULT. — Traité de droit commercial. Paris, 1889-1899.
- MARCADÉ et PONT. — Explication théorique et pratique du Code Napoléon. Paris, 1868-1880.
- MASSÉ. — Droit commercial dans ses rapports avec le droit des gens et le droit civil, 3^e éd. Paris, 1874.
- MERLIN. — Répertoire de jurisprudence.
- Questions de droit.
- MOLINIER. — Traité de droit commercial ou explication des distributions du Code de commerce. Paris, 1846. (T. 1^{er} seul paru.)
- NOUGUIER. — Des tribunaux de commerce, des commerçants et des actes de commerce. Paris, 1844.
- ORILLARD. — De la compétence et de la procédure des tribunaux de commerce, traité de la juridiction commerciale. Paris, 1853.
- PARDESSUS. — Cours de droit commercial, 6^e éd. publiée par E. de Rozière. Paris, 1856.
- PLANIOL. — Traité élémentaire de droit civil, 3^e éd. Paris, 1894-1903.
- POTHIER. — Traité du contrat de mariage et de la puissance du mari. Paris, 1821.
- REVUE critique de Législation et de Jurisprudence.*
- RIBOT. — Bulletin de la Société de législation comparée, année 1871.
- SPENCER. — Principes de sociologie; traduit de l'anglais par Cozelles, 2^e éd. Paris 1880.
- STEPHEN. — New commentaries on the laws of England, 7^e éd. London, 1874.
- STUART-MILL (John). — De l'assujettissement des femmes; traduit par Cozelles, Paris, 1876.
- THALLER. — Traité élémentaire de droit commercial. Paris, 1898.
- TROPLONG. — Du contrat de mariage et des droits respectifs des époux, 2^e éd. Paris, 1851.
- TURGEON. — Le féminisme français. Paris, 1902.
- VAZEILLE. — Traité du mariage, de la puissance maritale et de la puissance paternelle. Paris, 1825.
- VIVIEN et BLANC. — Traité de la législation des théâtres.
- ZACHARIE. — Cours de droit civil français; traduit par Massé et Vergé. Paris, 1854-1860.
-

TABLE DES MATIÈRES

	Pages
INTRODUCTION.....	4

PREMIÈRE PARTIE

De la capacité professionnelle de la femme mariée d'après les lois françaises

<i>Généralités</i>	15
CHAPITRE PREMIER. — <i>Femme mariée commerçante</i>	26
I. — Habilitation de la femme mariée à faire le commerce.....	27
§ 1 ^{er} . Du consentement marital	27
1. Caractères de l'autorisation	27
2. Formes du consentement.....	29
3. De la nécessité d'un commerce séparé.....	31
4. Capacité du mari et de la femme.....	33
5. De la révocation du consentement.....	35
§ 2. Des pouvoirs de la justice au point de vue de l'habilitation de la femme mariée à faire le commerce.....	36
1. Impossibilité de l'autorisation judiciaire.....	36
2. Refus du mari.....	41
3. Incapacité du mari.....	44
4. Révocation de l'autorisation	47
II. — De la capacité proprement dite de la femme mariée commerçante.	50
1. Disposition des immeubles.....	50
2. Droit d'estimer en justice.....	51
3. Compromis	54
4. Transaction.....	54
5. Société	55
6. Cautionnement	59
7. Domicile.....	59
III. — Aperçu sommaire des effets des obligations commerciales de la femme à l'égard du mari	63
1. Communauté.....	64
2. Régime sans communauté	67
3. Séparation de biens	69
4. Régime dotal.....	69
CHAPITRE II. — <i>De la capacité de la femme mariée au point de vue des profes- sions en dehors du commerce</i>	70
I. — De l'habilitation de la femme mariée à s'engager par un contrat de travail.....	72

	Pages
§ 1 ^{er} . De l'autorisation maritale.....	72
1. Formes de l'autorisation.....	72
2. Caractères de l'autorisation.....	74
§ 2. La justice peut-elle intervenir pour autoriser la femme.....	76
§ 3. Sanction du défaut d'autorisation.....	84
II. — Effets du contrat de travail.....	85
§ 1 ^{er} . Effets du contrat de travail à l'égard de la femme valablement autorisée.....	85
§ 2. Effets du contrat de travail à l'égard du mari.....	88
CHAPITRE III. — <i>Des droits de la femme sur les produits de son travail</i>	91
1. Communauté.....	92
2. Régime sans communauté.....	96
3. Séparation de biens.....	97
4. Régime dotal.....	98
5. Mesure des droits du mari sur les produits du travail de sa femme.....	98
APPENDICE. <i>Projets de réforme tendant à étendre les droits des femmes sur les produits de leur travail</i>	101
CHAPITRE IV. — <i>De la femme séparée de corps</i>	109
CHAPITRE V. — <i>Des modifications apportées par la jurisprudence au régime du Code civil</i>	112

DEUXIÈME PARTIE

De la capacité professionnelle de la femme mariée dans certaines législations étrangères

ALLEMAGNE.....	118
§ 1 ^{er} . Femme mariée commerçante.....	119
§ 2. Contrat de travail.....	121
§ 3. Droits de la femme sur les produits de son travail.....	125
ANGLETERRE.....	126
DANEMARK.....	128
ETATS-UNIS de l'AMÉRIQUE DU NORD.....	129
« Common law ».....	129
Etat de New-York.....	129
Etat de Massachussets.....	129
Colombie.....	129
Pensylvanie.....	130
ITALIE.....	130
RUSSIE.....	131
SUISSE.....	131
CONCLUSION.....	135
BIBLIOGRAPHIE.....	143

